This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HL 30N6 8

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

FROM THE LIBRARY

OF

MUZIO MELLONI

Received October 2, 1905

Digitized by Google

ITALY

Digitized by Google

Digitized by Google

GIURISPRUDENZA
IPOTECARIA

DEI

VARI STATI D'ITALIA

CHE COMPRENDE

LE LEGISLAZIONI

DELLO STATO PONTIFICIO, DEL REGNO LOMBARDO-VENETO, DEL REGNO DELLE DUE SICILIE, DEL REGNO DI SARDEGNA, DEL GRAN DUCATO DI TOSCANA, DEGLI STATI ESTENSI, DEGLI STATI DI PARMA, PIACENZA, E GUASTALLA

per

LUIGI BORSARI

GIÀ PROFESSORE DI DIRITTO CIVILE NELLA PONTIFICIA UNIVERSITÀ DI FERRARA

Vol. I.

FERRARA
ABRAM SERVADIO EDITORE
1856.

S
ITA
91
BC

Digitized by Google

For TX
B738

BOLOGNA. TIP. ALL' ANCORA.

Digitized by Google

A SUA EMINENZA REVERENDISSIMA

IL SIGNOR CARDINALE

LUIGI VANNICELLI CASONI

PRINCIPE DELLA S. ROMANA CHIESA

ARCIVESCOVO DI FERRARA

DI QUELL' ARCHIGINNASIO

ARCICANCELLIERE

PIO UMANO GIUSTO

NEI CONSIGLI

PRUDENTISSIMO

DEI BUONI STUDI

E DI OGNI NOBILE E UTILE DISCIPLINA

PROMOTORE SOLLECITO

NELLE OPERE DI CARITÀ

INFATICABILE

PASTORE E PADRE DEL SUO POPOLO

BENEDETTO DA TUTTI

QUESTO POVERO LAVORO

FRUTTO DI BUON VOLERE E DI LUNGA FATICA

IN SEGNO DI GRATO ANIMO

E DI PROFONDO OSSEQUIO

UMILMENTE

D. D.

L'A.

Digitized by Google

OCT 2 1965

Digitized by Google

DISEGNO DELL' OPERA

Chi scrive intorno una legge, per illustrarla, ne confessa implicitamente il difetto. Ogni comento è meno un omaggio che una censura. Si scrive perchè la legge non è abbastanza chiara, o non è abbastanza compiuta per soddisfare a tutti i bisogni dell'applicazione.

Nei tempi che corrono, la istituzione ipotecaria è oggetto di polemiche ardenti che, come avviene, aspirano a conseguire dai legislatori gli estremi risultati di quelle riforme che si sono venute a mano a mano operando dai governi d'Europa in questo periodo di quarant'anni che succede alla caduta del primo Impero francese.

Percorsa da splendidi ingegni, questa carriera non è la mia. Io mi occupo assai meno del gius costituendo che del gius costituito, e più presto esamino le leggi come sono che come dovrebbero essere. Contuttociò muovendo da punti in apparenza lontani, noi ci riuniamo pressochè in un pensiero e in uno scopo; imperocchè il mettere teoricamente in palese i difetti di una legge colla dimostrazione della inabilità logica dei mezzi che adopera, e provarli in fatto colla esposizione dei perniciosi effetti che produce nell'esercizio pratico e nella sua applicazione concreta, sono termini logici che

Digitized by Google

corrispondono; e nell'ordine morale, sono forze che cospirano ad un fine, quello del miglioramento e perfezionamento di una istituzione a cui si legano sì grandi interessi.

Senza negare a quella missione di rinovellamento e di ricostruzione tutta la importanza che può dare il talento degli scrittori, e la efficacia dei loro mezzi di persuasione, non meno utile e interessante di quella del giuspubblicista noi stimiamo l'opera del glossografo; sendochè se al primo è dato di affrettare coll'acume critico una più felice êra legislativa, il secondo cooperando in un modo meno diretto e meno esplicito allo stesso fine, adopera di fermare e consolidare i veri legislativi fluttuanti fra le incertezze e le oscurità delle leggi e le opinioni degli uomini dell'arte, e di ricostruire la scienza, vacillante sulle dubbie basi del probabilismo giuridico.

Dolorosa necessità del comento! Il legislatore ha di fronte il casismo, pratico, minuto, infinito: proteo dalle mille forme e dai mille colori, che mescolando ed abbaruffando in guise varie e molteplici le quistioni del fatto con quelle del diritto, non può stamparsi *a parte ante* in veruna mente legifattrice per quanto vasta e potente. Tutto questo è nella natura delle cose, e non può evitarsi. Ma la principal cagione, per cui si vede crescere in proporzioni enormi, e lussureggiare, per così dire, la giuridica dottrinale intorno alla legge, muove e promana dalle imprevidenze del legislatore.

Chiamo imprevidenza tutto ciò che non si collega, come mezzo sufficiente, alla sua obbjettiva: che è di determinare i rapporti di diritto in relazione agli eterni principî del vero e del giusto, conformandoli alla diversa indole e natura dei bisogni di un popolo e di una civiltà, insieme alle regole necessarie per farli valere. O il legislatore, non ottemperando egli stesso a una legge superiore, abbia creato un antagonismo perpetuo e insolubile fra i suoi precetti e quelli della coscienza pubblica, sollevando una lotta di moralità e di legalità

Digitized by Google

nell'animo degli uomini probi destinati ad applicare la legge; o invece di dare alla istituzione quell'avviamento largo e felice che risponda allo scopo a cui è diretta, la vincoli, restringa, e in molti casi condanni alla impotenza per non aver ben calcolato il momento della sua forza, e per avere sotto qualche rispetto smarrito il criterio dell'applicazione; o non avendo proceduto da nozioni scientifiche abbastanza esatte, la idea discesa a concretarsi nella parola legislativa, lasci travedere il peccato d'origine; o non abbia contemplati tutti i lati del soggetto in una disposizione d'altro lato saggia e lodevole; o la soverchia prolissità, all'uso giustinianeo, o la troppa secchezza, come nelle leggi dell'antico Lazio, abbia reso incerto e ambiguo il suo concetto, tutto ciò perturba la perfetta armonia che deve esistere fra il fatto legislativo e il termine applicativo; provoca interpretazioni; genera la controversia; e fa nascere la dottrina che è la opinione scientifica che viene a collocarsi al fianco della legge, per dividere con essa il dominio della ragione imperante.

Come mai questo fiume della giurisprudenza ipotecaria si è così ingrossato in tanta vicinanza della sua sorgente? Come mai un regolamento sì breve, sì pensato, preparato con tanti studî, esposto con tanta cura di nettezza e semplicità, come il francese, nel corso di pochi anni, è venuto in pericolo di sommergersi sotto un diluvio di controversie e di comenti che partoriscono altre controversie e le rendono interminabili! È forse il destino di tutte le opere di questo genere? O quella legislazione, benemerita per tanti rapporti, è offesa da qualcuno, o forse dai principali fra i vizî che sono venuto sopra enumerando? Io lo credo. È inutile adesso dire quali propriamente; ma gli uomini di legge lo sanno, e si vedono in quelle vaste lacune, a riempire le quali omai i volumi non bastano.

E perchè adunque anche un nuovo comento? Non la finiremo mai più?

Digitized by Google

Eccomi dunque a far chiaro il mio disegno. Noi italiani abbiamo questo peccato, bisogna convenirne, di essere assai più solleciti e curiosi delle merci forestiere che delle nostre. Non fa che le nostre legislazioni, con avveduto senno e con propositi sapientissimi, siano venute di tempo in tempo migliorando il sistema francese talchè da ultimo i francesi stessi (cosa incredibile) han preso ad imitarci. Nè monta se taluno dei nostri codici, come il pontificio e l'austriaco per il regno lombardo-veneto, comecchè per rapporti assai diversi, offrano delle specialità nazionali al tutto singolari e remote dalla giurisprudenza francese. L'Italia tuttavolta non ha che libri francesi, o modellati alla francese, onde quelle nobilissime parti legislative e giuridiche che son tutte nostre, o a noi versate da quella ricca fonte di sapere giuridico e filosofico che sgorga dalla dotta Germania non sono al certo francesi, non ricevono da noi quell'onore di studî e di esame che i giureconsulti francesi hanno reso e rendono alla giurisprudenza loro con una serie di opere pregevolissime.

Colle quali parole Dio mi guardi dal tenere in poco conto i lavori dei nostri giureconsulti che hanno trattato variamente delle legislazioni italiche; generalmente improntati di quella saviezza misurata e riflessiva che distingue il nostro senno pratico e positivo, e alcuni chiari per forza d'ingegno, vastità di dottrina, e vera importanza scientifica. Io parlo semplicemente dello scopo di questa opera, che è stato di elevare accanto ai libri francesi un libro nazionale italiano, nel quale raccogliere e rivedere con un punto di vista unitario e in un tutto armonico, le discipline ipotecarie della penisola colle loro varietà, singolarità, e qualità distintive in relazione alle patrie leggi e alla patria giurisprudenza, formata dalle opinioni dottrinali, e dalle tradizioni autorevoli ed esemplari dei nostri Tribunali che godono una tanta meritata celebrità.

Io deplorava di sopra la necessità del comento, considerandolo come un termometro delle difettuosità delle

Digitized by Google

leggi, onde altri potrebbe dire che la scarsezza di codesti lavori esegetici in Italia deve attribuirsi più presto alla bontà e chiarezza delle leggi che ad altra cagione. Il discorso potrebbe andare, se non si vedessero d'altra parte di giorno in giorno avvilupparsi vieppiù le quistioni ipotecarie, e ingrossare i volumi delle decisioni (nello stato pontificio particolarmente per la mancanza di una legislazione di fondo applicata agli usi moderni); materia infinitamente elastica, perchè ivi la teoria e la ragione generale s'individualizza, e acquista un carattere di specialità, che pena non poco a trasformarsi un'altra volta in generalità per servire di principio e di regola in casi diversi: il che produce alla fine una confusione maravigliosa, non essendo infrequente che le decisioni fungano l'ufficio legislativo, cioè di pronunciar massime abbastanza generali per adattarle a tutti i casi. E questo stesso discernere la ragione speciale dalla generale di un pronunciato giudiziario, è di competenza del giurista che sposa la pratica alla teoria e procede dottrinalmente. Non manca adunque il sistema dottrinale perchè ne manchi il bisogno.

Convengo che in tutti gli altri Stati che si reggono coi codici, questo bisogno si fa meno sentire; ed è per se manifesto, perocchè molte nozioni, che sono ancora allo stato di quistione nel pontificio, furono altrove definite dalla parola imperiosa del legislatore. Ma raro è che le istituzioni nuove, anco le migliori, abbiano tutta quella pienezza e sufficienza che si dovrebbe. Che se le disposizioni sono così belle e lucide e sicure da non doversi in veruna guisa turbare dall'accostamento del raziocinio privato, tanto meglio; non si faccia che annunciarla; che è il migliore omaggio che a una legge fare si possa. Se non che, quando codeste disposizioni perfette si verranno ravvicinando in questo lungo passeggio giuridico alle analoghe e meno perfette, l'ottimo finirà col respingere il mediocre o cattivo, con quella specie d'irradiazione luminosa che il vero vibra intorno

Digitized by Google

a se, onde a lungo andare dissipa le nebbie dell'errore. Imperò neppure da questo lato, spero, sarà lavoro perduto.

Io tengo che le legislazioni ipotecarie di tipo francese, che sono per Italia, non tarderanno di appropriarsi, almeno in gran parte, la idea germanica, che qualche volta è tassata di soverchia astrazione, ma che qui per certo si travaglia sul positivo, avviando, come dirò più avanti, la istituzione verso i suoi veri destini. Contuttociò chi mai vorrebbe negare alla Francia il merito di così splendido inizio, e quello di aver fatto trionfare, attraverso a tanti ostacoli, il principio della pubblicità? Chi non vorrà riconoscere in quella nobile schiera dei giureconsulti francesi la diligenza dell'esame, l'acume delle osservazioni, la lucidità delle idee, il brio e l'amabilità della esposizione, e soprattutto quel tatto squisito del fatto pratico e quell'abilità dei particolari, onde le dottrine loro hanno un positivismo d'applicazione a cui non sempre si prestano le velleità filosofiche d'altre nazioni? La insistenza però del comento che sta così bene a quella indole pratica della giuridica francese, coll'aumentarsi dei lavori e col diffondersi delle discussioni, non poteva non produrre una mole prodigiosa di dottrine accumulate e confuse che sotto nome di Comentarî de' comentarj fanno la fortuna de' librai, e la disperazione dei giuristi che hanno bisogno di adattarle alla svariata ragione dei casi forensi. Semplificare le quistioni; esaminare senza timidità e senz' arroganza le opinioni di quegl' illustri; sceglier quella che sembra migliore; offrirla all'uomo del foro in teoremi schietti e brevi, è il mio intento: farei una cosa ben utile, lo veggo; ma sarò io da tanto?

E certo, se non si vuol perdere il tempo, l'ultimo che arriva nell'arringo scientifico, dopo il prolisso e dissolvente lavorìo dell'analisi, deve ricomporre una sintesi rigorosa, per quanto può, ed esatta: è un vero raccogliere il frutto di tanti studî e fatiche.

Delle decisioni nostre e straniere tenere il debito

Digitized by Google

conto; parlo delle principali; esaminarle, ove occorra; e fra i casi sparsi, molteplici, e non sempre conformi, tentar di fermare una giurisprudenza dei tribunali.

Tenendomi al positivo e all'ordine esistente, concederò alla ragione generale e all'esame dei principî quello spazio che è determinato dall'indole del mio disegno, lontano ugualmente da un particolarismo empirico e gretto, e da un teorizzare vago ed astratto. Del gius costituendo, come io diceva superiormente, non formo che un oggetto secondario del mio discorso. Tuttavia il versar fatiche e sudori sopra un sistema fecondo di tante quistioni, e non volger l'animo verso una legislazione o più semplice o più accomodata ai bisogni del tempo, è cosa del tutto impossibile. Lo scrittore coscienzioso intende meglio di ogni altro, che la legge dovrebb' esser tale da render inutile l'ufficio suo. Di questo avvenire della legislazione ipotecaria, augurando dalla infermità dello stato presente, qualche cosa dirò nel *discorso preliminare;* non poche considerazioni verranno all'uopo nel corso della trattazione, come l'occasione il consenta, ma lasciando sempre allo sviluppo della giuridica il principale suo luogo. Solo in fine dell'opera, in apposita e breve appendice, vengo raccogliendo tutto quello che è a mia cognizione sulle condizioni presenti della critica ipotecaria, e sulla ragione dei provvedimenti e rimedî, per quanto fia lecito ad oscuro scrittore portare il povero tributo delle sue idee alla futura opera legislativa.

Nell'intento di giovare agli studî forensi (che è lo scopo del libro), usando una partizione più scientifica che testuale, a modo di Grenier, o di Zachariæ, *Corso di Diritto Civile francese*, avrò cura di molto separare e distinguere, conoscendo per esperienza quanto con siffatto metodo si risparmi di tempo e di ricerche ai difensori e ai giudici nell'angustia del tempo che d'ordinario li preme. Perciò, abbandonando al discorso preliminare quella suppellettile antiquata del diritto

Digitized by Google

romano che spesso non appartiene alle legislazioni moderne neppure colla ragione del principio, o come fonte sussidiaria, conserverò le indicazioni delle sorgenti vive e perenni di quella legislazione immortale, indicandole ad ogni sezione, giusta l'ordine del gran commentario di Troplong. È ben naturale che io mi servirò di questo, come di qualunque altro libro utile, senza timore di plagio, giacchè non ci saria cosa più ridicola quanto aspirare alla originalità in un'opera di questo genere. Non mi riferirò mai a una dottrina senz'averla bene esaminata e riveduta; non rimanderò assolutamente alla trattazione altrui, per non moltiplicare l'imbarazzo dei libri ond'empiere le lacune del mio; tuttavolta è chiaro che non si deve nè si può dire tutto quello che è stato detto da altri, e di molte cose si convien passare l'autore quando siano state già trattate a dovere, rifacendosi a quella esposizione quando non si possa di più o di meglio.

A ogni capo o sezione dovranno venire in vista, sotto un esame e singolare e comparativo, le legislazioni dei sei Stati sovrani annunciati già nel prospetto del libro; onde non mi può esser richiesto quel fare compatto e stretto che appartiene a un lavoro scientifico di analisi e di deduzioni; nè quella continuità che si addice al genere persuasivo e alla istoria: ma è ben facile il vedere che questo libro non è nè l'uno nè l'altra. Domando il permesso di cominciare dalla legge pontificia per due ragioni. La prima si è, che il diritto comune essendo il fondo della legislazione in questo Stato, e a quello dovendo far capo in tutte le parti che sussidiano le applicazioni del sistema ipotecario, laddove negli altri Stati quelle materie vengono assai semplificate nella chiarezza e precisione dei codici moderni, sono richiesti rapporto al primo spazî più estesi e più larghi sviluppi. La seconda ognuno l'intende, ed è, che se alcun valore fosse in me, ciò sarebbe in quella giurisprudenza che mi è più famigliare; ed è ciurmeria

Digitized by Google

perdonabile, specialmente quando si confessa, il prender le mosse donde uno sente alquanto più gagliarde le forze. Indi verrà l'esaminare il codice delle due Sicilie che più si accosta al francese; quello degli Stati sardi, toscani, estensi, parmensi; serbando da ultimo l'austriaco vigente nel regno Lombardo-veneto. Non già che minore stima io faccia di questo che degli altri codici italiani: che anzi per alcuni rispetti tutti gli altri avanza nella eccellenza della forma e nel merito dell'idea; ma gli riserbo l'ultimo luogo di ciascun capitolo o sezione, appunto perchè scostandosi a certi tratti dal francese, e nell'insieme della legislazione piegando verso altri principî, esige una esposizione distinta e sua propria.

Anche un Trattato ipotecario ha la sua parte generale: È quella che ragiona dei principî e della genesi ideale onde si sviluppano i particolari legislativi: materia assai vasta, che può stare da sè, come la idea assoluta si può, filosofando, isolare dai fenomeni: e chi se ne occupa, fa un lavoro puramente scientifico. Ma credo fermamente che nessuno scrittore di generalità possa tanto innalzar l'astrazione da perder di vista molti particolari in cui s'incarni più fortemente la idea da lui prediletta; come trovo necessario al giurista pratico il sollevarsi spesso alle regioni della scienza; simile al geodetico che, in sembianza interamente intento a operazioni terrestri, volge spesso lo sguardo all'astro regolatore che domina il sistema mondiale, dalla cui eterna legge discendono le norme del suo operare. Questa situazione del trattatista pratico è bene espressa dal Turchiarulo, egregio traduttore del Thibaut nella prefazione *alla dottrina Civile del Codice Civile francese* del celebre professore d' Eidelberga « Anche nella trat-
» tazione delle dottrine più speciali vi à un doppio e-
» lemento a considerare, e quindi un doppio metodo,
» secondo che un autore si preoccupa dell'uno o del-
» l'altro, lo storico o il dogmatico. Il primo segue le

Digitized by Google

» vicende storiche e letterarie d'un rapporto giuridico,
» studia il modo, onde fu formulato praticamente; le
» opinioni, che n'ebbero i giureconsulti dei diversi tem-
» pi; l'altro avvicinandolo ai principî assoluti e gene-
» rali del dritto ne scopre novelli rapporti; e propone
» novelle idee; l'uno e l'altro metodo è necessario per
» un lavoro scientifico in conseguenza della legge di
» successione, dalla quale è regolata ogni esistenza sto-
» rica. Nessun fatto della storia, nessun lavoro umano,
» per quanto possa essere importante, è assoluto ed in-
» dipendente, ma segna un momento di progresso per
» addivenire ben tosto anch'esso passato. Sicchè per for-
» za della medesima legge anche il giureconsulto man-
» cherebbe da una parte di una importanza propria, se
» nulla aggiungesse di nuovo ai materiali della tradizio-
» ne, e dall'altra qualunque suo scopo andrebbe fal-
» lito, quante volte si persuadesse poter ritessere con
» forze isolate ed individuali quella tela, per la quale
» fu necessario il lavoro di tanti secoli e generazioni ».

Un indice copiosissimo in fine raccoglierà le materie, e tenterà di riunirle e farle corrispondere esattamente per facilitare quanto mai si possa l'uso del libro.

Invoco la benignità dei nobilissimi giureconsulti che onoran i fôri italiani, alcuni dei quali benemeriti illustratori di questo ramo importantissimo della scienza. Che se dalla taccia di temerità mi assolva il pio desiderio di ricomporre, quasi da membra sparse, una giurisprudenza patria, non mi siano avari di confortevoli parole e di sapienti consigli.

Digitized by Google

DISCORSO PRELIMINARE

ALCUNE CONSIDERAZIONI
sulla storia
DELLA LEGISLAZIONE IPOTECARIA

PARTE PRIMA

§. I. — *Gli antichi romani non ebbero una chiara nozione della funzione economica della Ipoteca perchè non l'ebbero del Credito.*

§. II. — *Nel sistema delle leggi romane la Ipoteca non può considerarsi come una istituzione organizzata dalla autorità imperante, in relazione ai principî del credito fondiario.*

§. III. — *La Ipoteca sviluppata dalle abitudini giuridiche del Pegno, appartiene a un tempo posteriore.*

§. IV. — *Il disordine della istituzione pignoratizia e ipotecaria è provato dal Contratto di fiducia.*

§. V. — *La istituzione ipotecaria non ebbe un linguaggio suo proprio nelle leggi romane.*

§. VI. — *La costituzione della Ipoteca non era soggetta a solennità di forme.*

§. VII. — *Qual estensione prendesse nella pratica la ipoteca tacita, esordita da tenui principî nel processo della giurisprudenza romana.*

§. VIII. — *Segue lo stesso argomento. Clausula Camerale, e guarentigiata.*

§. IX. — *Della estensione della istituzione ipotecaria per l'applicazione diretta del Potere legislativo.*

§. X. — *Segue lo stesso argomento-Ipoteca tacita dotale.*

§. XI. — *Segue lo stesso argomento-Ipoteca tacita legale.*

§. XII. — *Segue lo stesso argomento-Ipoteca tacita dei legati e fedecommessi.*

§. XIII. — *Della divisione delle ipoteche in pubbliche e private; ulteriore dimostrazione dello spirito di quella istituzione.*

§. XIV. — *Riepilogo della Prima Parte del Discorso preliminare.*

Digitized by Google

§. I.

Gli antichi romani non ebbero una chiara nozione della funzione economica della Ipoteca perchè non l' ebbero del Credito.

1. Mancò negli antichi la intuizione logica del concetto — *ipoteca* — in ordine alla causa finale per cui è costituita. Qual maraviglia! Ebbero del Credito una nozione imperfettissima, quale si conveniva in quei tempi in cui lo straniero era onorato del nome di barbaro, nè legame di mutua corrispondenza, di reciproca fiducia, o di fede politica, esisteva fra i popoli. Associazione d' interessi, nel senso di una ben intesa economia, frenata dal senso religioso e morale, e dalle convenienze della civiltà non è concepibile, ove non era società, ma aggregazione di genti che o la vittoria rendeva superbe, o la sconfitta diffidenti e maligne. Il commercio dei romani povero, ristretto, scoraggiato dall' arcana difficoltà della legislazione, inabile a fruttificare sul terreno sanguinoso della conquista; inesperto di quegl' impulsi spontanei, di quelle grandi transazioni che ravvicinano gli uomini e le distanze, e spargono su campi illimitati la prosperità e la vita, non poteva fornire alla scienza economica idee precise per rappresentarsi teoricamente la nozione del Credito, e in pratica applicarla; quel vincolo provvidenziale e misterioso, onde l' uomo non è straniero ad altr' uomo, nè nazione a nazione; e che ha diritto di conseguire dai legislatori una tutela intelligente, e diremo ancora, cauta e delicata: tanto la natura del credito è sdegnosa, e sfugge sotto la mano.

2. E come poteva aversi sufficiente nozione dell' Ipoteca se non se ne aveva del Credito? È manifesto che la ipoteca, considerata nella sua ragione obbiettiva, è la condizione del credito fondiario, in quanto cioè il capitale è allettato a combinarsi colla proprietà fondiaria, riposandovi con sicurezza, e colla persuasione di conservare malgrado questa combinazione, entro certi limiti, la sua prerogativa naturale di capital vivo e circolante, ogni volta che

Digitized by Google

occorra di rimetterlo in moto, e di farlo rientrare nell' attività della vita commerciale. Morta la quale fiducia del capitale, è palese che le transazioni colla proprietà fondiaria non possono riuscire che deboli, scarse, e insufficienti al bisogno di essa proprietà. La quale patendo ogni giorno più questa difficoltà di mobilizzarsi per via dell' associazione col capitale, è costretta a perdersi nell' alienazione; e così è tolto lo scopo principalissimo e utilissimo della Ipoteca, che è quello di disporre di una parte del valore fondiario conservando tuttavia la proprietà del fondo. Combinazione felicissima per cui il capitale si sottrae dai pericoli del commercio, adagiandosi nella terra senza immobilizzarsi con essa; laddove il proprietario, senz' abbandonare il retaggio degli avi, la casa ove nacque, il suolo fecondato dalle sue cure e da suoi sudori, può soddisfare i suoi bisogni più urgenti colla speranza di liberarsi dalla obbligazione nella comodità del tempo, coll' aiuto della sua economia, de' suoi risparmi, colle risorse della industria e della fortuna. E tutto questo riposa nel *credito* reale; nella fede viva cioè che il capitale non sarà perduto nè messo a pericolo, nè in verun modo imbarazzato, affidandolo alla terra; la qual cosa costituisce pace, tranquillità, benessere, contentezza degli spiriti, alacrità d' industria, fermento di affari, e, col volger del tempo, ricchezza e potenza sulle basi della proprietà: quanto a dire sulla più solida garanzia, che dalla religione in fuori, desiderare si possa all' ordine e alla moralità pubblica (*a*). Quanti giuochi azzardosi si risparmiano

---

(*a*) Queste idee erano già da lungo tempo meditate, e scritte, quando mi è venuta sott' occhio *la introduzione al trattato sul diritto ipotecario vigente nel régno Lombardo-Veneto — Milano* 1856 *del sig. Dott. Alessandro Carabelli.* Non maravigliato di trovarvi perfetta uniformità di vedute intorno a questi principî fondamentali del gius ipotecario, fecondissimi di risultato, come vedremo in tutto il corso dell' opera, e che si potrebbero dir nuovi, tanto sono smarriti e perduti di vista nelle consuete esposizioni ipotecarie, ho sentito molto conforto nell' animo, poichè veggo certo di non essermi ingannato. Il libro del signor Carabelli, per quanto assicura la introduzione, che sola ho avuto il piacere di leggere nel momento in cui scrivo, per la novità della forma, lo splendore dei concetti, e soprattutto per la solidità dei principî ch' ei pone alla sua

Digitized by Google

ai capitali pecuniarî che trovano utile e sicuro impiego; quanto diminuisce l'infausto lavoro dei monopolî e delle usure; da quante alienazioni rovinose e strozzanti, e non escludo le giudiziarie, può difendersi la proprietà fondiaria soccorsa in tempo dal capitale!

§. II.

Nel sistema delle leggi romane l'Ipoteca non può considerarsi come una istituzione organizzata dall'autorità imperante, in relazione ai principî del credito fondiario.

Considerata la Ipoteca come istrumento del Credito reale (che sotto questo rispetto, è l'opinione generale che si muove volonterosa e spontanea verso un dato genere di operazioni economiche), non ha potuto costituirsi che dalla mano del legislatore, e col ministero di una legge ordinatrice. Un mezzo di pubblica sicurezza non è tale senza un carattere pubblico. Ebbene! La *Ipoteca*, nascendo, non ha avuto questo battesimo. (Ved. §. III.). Anzichè una istituzione organizzata da un atto dell'autorità, la Ipoteca, in quanto è distinta dal pegno, è un fatto giuridico prodotto dalla necessità di determinare alcuni rapporti della proprietà entro i limiti delle transazioni private; e, manifestamente sviluppato dal contratto di pegno, risale senza dubbio a una antichità molto remota.

§. III.

La Ipoteca sviluppata dalle abitudini giuridiche del Pegno, è necessariamente di una data posteriore.

1. Il pegno del mobile è una operazione facile e rude, e da tenersi in conto delle più antiche, servendo molto opportunamente

---

trattazione, dovrà tornare utilissimo specialmente a preparare il nuovo gius ipotecario che si aspetta dalla sapienza dei legislatori in ogni parte d'Europa, sembrandomi che a questo principalmente intenda il suo nobile lavoro.

Digitized by Google

ai bisogni di un commercio materiale ed angusto, in quella penuria di buona fede che ci è attestata da Marziale nel famoso epigramma. Onde vediamo la istituzione del pegno mobile e tràdito, assai meglio sistemata e intesa nelle leggi romane che quella dell' immobile senza tradizione: il che prova la sua primogenitura, meglio di qualunque altro argomento. Fra queste forme materiali di assicurazioni bisogna collocar l' anticresi, ossia il pegno dei frutti di una cosa immobile che si consegna manualmente al creditore. Ma la Ipoteca, ossia il pegno senza tradizione, ha un' indole metafisica che espressamente la distingue dal contratto di pegno, e suppone un grado di civiltà alquanto più inoltrata.

2. Della frequenza del contratto di pegno fanno fede i tanti responsi dei giureconsulti, che interrogati in diversi tempi, e risolvendo infinite quistioni, offrirono alla compilazione di Triboniano un materiale scientifico sufficiente per costituire una teorica di questo diritto reale che può dirsi compiuta. Che altro sono le dottrine dei giureconsulti e le decisioni pretorie fuorchè altrettanti singolari criteri della privata o della pubblica ragione; sintesi giudiziosa ed acuta delle pratiche invalse nelle popolazioni, rappresentanti i bisogni della loro civile esistenza, e radicate nei costumi e nelle abitudini: le quali riassumendosi nella mente dei pensatori e dei filosofi di quelle età, e presentandosi al cospetto di giudici equi ed umani, si determinavano in regole precise, in norme direttive, ed in principî giuridici, che solo dopo il corso del tempo e la esperienza lunga ottennero gli onori legislativi? Se adunque il contratto del pegno materiale occupa un sì largo spazio nelle nostre fonti, che d' altra parte sono assai scarse in ordine alla ipoteca propriamente detta, è chiaro che quella istituzione aveva nelle consuetudini della vita pratica più profonde radici (*a*).

3. È singolare, che mentre le cauzioni pignoratizie e le fidejussorie (*b*) sembravano parificarsi (se non che la prima parve meno

---

(*a*) Leggo in Troplong dei Privil. N. 6. « Il contratto di pegno che » si fa colla tradizione o sia l' anticresi dovette presentarsi naturalmen- » te come uno di quelli che offriva maggior sicurezza, perchè il creditore » prendeva la cosa per sua garanzia ».

(*b*) L. 9. D. de public. §. 1.

Digitized by Google

umiliante perchè uno garantiva col proprio, senza bisogno di chi lo ricoprisse col nome (*a*)), la ipotecaria era posposta; giacchè cauzione idonea si diceva propriamente quella che si dava con pegno manuale o con fidejussione: la ipotecaria si teneva sufficiente allorchè si trattasse di cauzione semplice (*b*).

4. Indarno noi cerchiamo fra i ruderi dell'antichità la origine dell'*ipoteca* se non ci basti trovarla nella storia del Pegno. È noto che il gius civile non dava azione di sorta ai creditori del pegno. La monca istituzione ebbe compimento dall'opera di Servio, pretore, di cui non ci è rimasto che il nome, se pure non è quel Servio Sulpizio, giureconsulto solenne, coetaneò di Cicerone, come Einecio pretende. Ma ciò poco importa. Che l'azione Serviana si applicasse direttamente, secondo la intenzione del suo autore, a favore dei locatori sulle cose esistenti sui predì urbani (*c*) locati, è manifesto: e mostra che quantunque il contratto pignoratizio debba riputarsi consuetudine assai antica, la legge ci pensò assai tardi; mostra che la disposizione del pretore non intendeva che di formare un gius singolare in quel caso, secondo lo stile delle innovazioni pretorie, sempre ispirate dal più puro senso di moralità e di giustizia, ma timide e riservate onde non usurpar troppo sul diritto legislativo che ad esse non apparteneva; mostra assai

---

(*a*) Balduin. de pign. in pr.

(*b*) Negusant. de pign. P. 1. N. 6. Ciò era piuttosto nella opinione che nella legge; giacchè, ammessa la realtà del vincolo ipotecario sui beni o mobili o immobili, legalmente non avrebbe potuto rifiutarsi questo modo di cauzione, onde Ulpiano — nel Lib. singul. de offic. reipub. — Praeterea prospicere debet (praeses provinciae) ne pecuniae publicae credantur sine pignoribus hypotecisve, come sinonimi.

(*c*) LL. 3. 4. D. in quib. caus. pignus tacite etc. Rispetto ai fondi rustici non aveva luogo questa regola — L. 4. eod. Chiesi Sist. Ipotec. T. 1. §. 164. Poscia vi fu estesa, ma ebbe sempre minor forza, poichè se nel primo caso bastava la introduzione dei mobili nella casa locata per cadere nel diritto del pegno tacito, nel secondo fu richiesta una convenzione. L. 5. Cod. in quib. caus. pign. tac. V. la Costituzione di Giustiniano L. ult. Cod. in quib. caus. pign. tacit. etc. Pothier ad Pand. Lib. XX. Tit. II. art. 2.

Digitized by Google

chiaramente che l'attività della istituzione ipotecaria deve trasportarsi a tempi assai posteriori; giacchè se l'azione quasi Serviana, data a perseguitare le cose ipotecate, esistenti in mano di terzi, non fu che una imitazione della Serviana, necessariamente è opera di tempi successivi. Dai libri di Marciano e Cajo sulla formola ipotecaria, di almeno un secolo posteriori alle innovazioni di Servio, sappiamo in qual tempo cominciasse ad intendersi quel metafisico *nexus prediorum* (*a*) di cui parla la legge 8. Tit. 16. Lib. VIII. Dig., o il *pignoris nexa* della L. 7. C. de distract. pign. benchè tutto vi fosse coordinato nelle viste dell'interesse giuridico e privato, nè mai si alzassero le menti sino a concepire l'organizzazione del Credito fondiario coll'istrumento dell'Ipoteca.

§. IV.

Il disordine della istituzione pignoratizia e ipotecaria è provato dal Contratto di fiducia.

Il contratto di pegno non era protetto dal Potere, poichè il pignoratario non aveva dalla legge verun'azione per esercitare i suoi diritti, e mandar ad effetto le convenzioni, prima della innovazione Serviana e quasi-Serviana: (§. III.) stato d'incertezza che durò per secoli. La sagacità privata, sempre pronta a sostituirsi alla legge che manca, inventò il contratto di fiducia.

Il debitore cedeva o alienava giudizialmente una cosa al creditore, sotto la condizione che gliela restituirebbe, quando gli fosse pagata la somma che il creditore gli aveva prestata. C'era dunque questa differenza fra la semplice costituzione del pegno e il contratto fiduciario, che il primo si effettuava colla tradizione, e il secondo richiedeva l'alienazione o cessione giudiziaria. Il primo deriva dal gius delle genti, giacchè nulla di più naturale e di più semplice quanto l'assicurare una obbligazione colla consegna di un pegno: onde il fatto venne di gran lunga precedendo, presso

---

(*a*) Non parlo qui del *nexum* come forma primitiva dei contratti di cui tratta Hugo St. Dir. Rom. II. §. 95.

Digitized by Google

tutti i popoli, la sanzione del diritto. Il secondo aveva bisogno del soccorso di una istituzione del paese, mettendosi sotto la protezione di una forma giudiziale. Inoltre nel contratto di pegno il dominio della cosa restava sempre nel pignorante, laddove per questo si trasferiva nel compratore. Una specie di contratto di vendita col patto di ricupera.

L'azione fiduciaria *diretta* competeva al venditore per ricuperare il pegno; la *contraria* al compratore, obbligato a restituirlo, per le spese legittime da lui fatte.

Spesso il creditore imponeva al debitore la dura legge che, non riscattandosi il pegno nel tempo determinato, venisse in sua proprietà. È il patto commissorio. Iniquità degli usurai che l'imperador Costantino condannò nell'anno 354, sotto la influenza benefica della idea cattolica (*a*).

Così per rimediare al difetto delle leggi, si ricorreva a forme suppletive; si snaturava la istituzione del pegno, facendola passare in alienazione; e si autenticava l'uso funesto dei contratti simulati e coperti, che meritarono nei tempi posteriori le inquisizioni dei canonisti e le condanne della Chiesa.

§. V.

La istituzione ipotecaria non ebbe un linguaggio suo proprio nelle leggi romane.

1. La quale improprietà e imperfezione di linguaggio prova, a parer mio, evidentemente, che la stessa istituzione ipotecaria era imperfetta; poichè la prima e più degna cura di un legislatore, che fonda una grande istituzione nel chiaro e preciso concetto della sua importanza, si è quella di fabbricare, per così esprimermi, un linguaggio corrispondente, segregandolo soprattutto da quello che rappresenta le idee affini per impedire le anfibiologìe: peste

---

(*a*) L. 2. D. de pign. act. — L. ult. C. de pact. pign. Dion. Gotofr. ibi — Pothier al L. XIII. pand. Tit. VII. Appendice. Cujac. Tom. 7. c. 626. E. Edit. neap. 1758.

Digitized by Google

delle legislazioni. Onde nel dire moderno non possono più confondersi *pegno* con *ipoteca*, benchè la ipoteca sarà sempre una specie del genere, ma tutti intendono che il pegno concerne propriamente le cose che si consegnano, e la ipoteca quelle di cui non si dà al creditore il possesso.

2. Il giureconsulto Marciano due volte dice nel digesto che pegno e ipoteca sono sinonimi. Pareva avere questa idea fissa. *Inter pignus autem et hypotecam tantum nominis sonus differt. L. 5. §. 1. D. de pignor. et hyp. Sed quod Julianus scribit in pignore idem in hypoteca est. L. 5. in princ. D. de distract. pign.* Ulpiano però, nel suo tempo, gettò una distinzione luminosa. Proprie pignus *dicitur quod ad creditorem transit;* hypoteca, *cum non transit nec possessio ad creditorem.* Giustiniano molto più tardi si affrettò di confermarla *Inst. Lib. 4. Tit. 6. §. 7.* I caratteri essenziali del pegno e della ipoteca venivano assai bene dichiarati in tal modo; ma giova osservare che questo pronunciato dommatico era stato preceduto da un ammasso di disposizioni legislative in cui la sinonimia dei vocaboli era stata ritenuta sino a doversi riputare abituale; talchè a ricordarli tutti sarebbe fatica assai lunga (*a*).

3. In più luoghi la voce *pegno* è usata propriamente in quanto

---

(*a*) Vogliamo darne qualche saggio *Dig. Lib. XX. T. 1.* — L. 1. §. 1. 2. L. 2. L. 3. L. 4. L. 5. §. 1. 2. L. 10. L. 11. §. 3. L. 12. L. 13. §. 1. statu liber dari *hypotecam* . . . evanescere *pignus* L. 15. §. 1. 2. *pignori hypotecaeve* (come in molti altri testi) L. 16. LL. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 26. *hypotecaeve* 29. 30. 31. 33. 34.

Tit. II. L. 1. 10.

Tit. III. L. 1. LL. 2. 3. 5.

Tit. IV. LL. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 11. 12. *pign. hypotecaeve* 13. 14. 16. 18. 19. 20. 21.

Tit. V. L. 1.

Tit. VI. L. 1. LL. 3. 4. §. 1. 5. 6. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15.

Lib. XIII. Tit. VII.

L. 1. L. 9. L. 11. L. 16. LL. 18. 20. 21. 27. 32. 38. 39. 43.

Cod. Lib. VIII. Tit. XIV.

LL. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 10. 12. 14. 15. 16. 17. *Pign. vel hypot.* 18. 22. 23. — ed altre molte.

Digitized by Google

suppone la *tradizione* della cosa (*a*); in altri all' incontro è impropriamente usata la voce *hypoteca*, come dov' è scritto, *fructus hypotecarum* Lib. XX. Tit. 1. L. 1. §. 3. e *pignori hypotecaeve dari* parlando di anticresi L. 11. §. 1. 2. e *dominium hypotecae* L. 15. §. 5. e *hypotecam possident* Tit. 22. L. 12.

4. Talvolta pegno o ipoteca non significavano il vincolo, ma l' oggetto materiale e la cosa stessa vincolata (*b*). Abbiamo il titolo — *de distractione pignorum et hypotecarum* — che mette in palese il modo di vedere dei compilatori, pei quali il concetto metafisico e morale della ipoteca sembrava trasformarsi nel soggetto materiale, nella cosa venduta.

§. VI.

La costituzione della ipoteca non era soggetta a solennità di forme.

1. Nei contratti, nei quali domina esclusivamente l' interesse privato, può ritenersi sufficiente quella prova per cui la volontà delle parti si rende manifesta, e ne assicura fra esse la esecuzione. Per conseguenza il pegno del mobile, ridotto com' è alla proporzione di una convenzione di mero privato diritto, potrebbe senza pericolo classificarsi fra i contratti consensuali (benchè tale non fosse la sua natura giuridica) e abbandonarsi a quei mezzi razionali che valgono a mostrare l' atto della volontà; avvegnachè niente importi

---

(*a*) Lib. XX. Dig. T. 1. LL. 14. 25. 27. 28. 32.
Tit. II. LL. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 9.
Tit. IV. LL. 9. Tit. VI. L. 2.
Lib. XIII. Tit. VII. LL. 3. 4. 8. 11. §. 5. 13. 14.
Cod. Lib. VIII. Tit. XIV. LL. 9. 11. 19. 20. 25. 26.
Tit. XV. LL. 3. 5. 7.
Tit. XVI. LL. 3. 7. Tit. XVII. LL. 2. 4. 5. 6. 7. 8. Tit. XVIII. LL. 2. 3. 4. 8. 9. e in molti altri luoghi.

(*b*) Lib. XX. Dig. L. 13. §. 4. *hypoteca manet obligata* — ib. §. 5. 6. auferri hypotecam. Tit. II. L. 10. *Pignus pro re pignorata* Tit. IV. L. 3. §. 2. eod. Tit. V. LL. 2. 3. 4. 5. e altrove.

Digitized by Google

alla ragion pubblica l'autenticità della forma. Ma, secondo il diritto romano, il mobile era capace d'ipoteca, potendosi il pegno costituire eziandio senza tradizione; onde la trascuranza di tutte le forme a stabilire l'autenticità dell'atto, e sottrarlo alle collusioni dell'arbitrio privato, è argomento validissimo a provare che quei legislatori non erano penetrati del vero e social ministerio della istituzione ipotecaria.

2. Non diremo quindi del pegno manuale, nè vorremo guardare se l'atto semplice della consegna bastasse a costituirlo legalmente — Così è veramente. La *causa* del contratto del pegno era reale, essendo il *pegno* una delle specie del genere dei contratti *nominati* (gli altri erano il *mutuo*, il *commodato*, il *deposito*): talchè colla consegna si costituiva, a differenza dei *verbali* che volevano solennità di parole; dei *letterali* che si fondavano nella scrittura; e dei consensuali che al solo e nudo consenso, in qualunque modo espresso, si stavano contenti (*a*). E che il pegno del mobile si costituisse allora, e si costituisca adesso mediante la sola consegna, non fa difetto: ma qual forma usavasi a costituir l'ipoteca?

3. In vero che per molti rispetti il pegno e la ipoteca convengono anche oggidì (come farò chiaro a suo luogo), nè mai cessa la ipoteca di appartenere alla famiglia del pegno. Ma in antico esercitavano una missione così confusa, che assai meglio di quello che possa dirsi colle idee odierne, si poteva con Marciano affermare — che *inter pignus et hypotecam tantum nominis sonus differt*. Laonde, benchè siasi per noi detto, che la causa del pegno era reale, il principio cedeva applicandosi alla Ipoteca ch'è il pegno senza tradizione. *Pignus contrhaitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est.* L. 1. pr. D. de pign. act. (§. 4. supra). Perciò, con iscrittura o senza, per nunzio, per lettera, o con parole quali si fossero la Ipoteca si statuisse, valeva (*b*).

(*a*) L. 1. §. 3. e 5. L. 52. princ. e §. 1. e seqq. D. de obligat. et act. princ. Instit. §. 2. 3. 4. quib. mod. re conthr. oblig. L. 7. §. 12. D. de pactis. L. 1. §. 4. D. de constit. pecun. princ. Inst. de verb. ob. Inst. de liter. oblig. etc.

(*b*) L. 2. C. de remiss. pign. L. 4. L. 5. §. 1. D. de pign. et hypot.

Digitized by Google

E qual sicurezza fosse per venirne all' interesse pubblico che avesse dovuto confidare in quei fatti, non è bisogno di mostrarlo. La quale privazione d' ogni forma e d' ogni guarentigia, prova che l'interesse dei terzi non si affacciò punto al pensiero di quegl' ingegni sottilissimi: tanto fu in essi imperfetta la idea della Ipoteca.

4. L' autenticità dell' atto costitutivo della Ipoteca è il fondamento primo del credito: essendochè il dubbio è la morte del credito, come il dubbio in religione uccide la fede. Quale scetticismo economico non doveva produrre l' incerta verità *dei titoli* che il terzo non poteva interrogare nè conoscere a fondo, perchè dipendenti da atti privati, da scritture irreperibili, da convenzioni verbali, da testimonianze oscure, e che la frode o la collusione poteva travisare ad un tratto!

5. Niuno sarà certo per confondere la ipoteca *tacita* di cui parleremo nel seguente §. VII. colla mal espressa, che le leggi romane permettevano; poichè in questa veramente, anzichè in quella, consisteva il vizio radicale della istituzione. L' ipoteca tacita nasceva dalla legge, e, con tutti i suoi difetti, era pure una regola di legislazione che non era lecito ignorare dai contraenti. La confusione si accrebbe colle consuete estensioni della giurisprudenza che arrivò persino a dire, con parole eziandio *improprie* potersi la ipoteca costituire, purchè la natura della materia non ripugnasse (*a*): e ne diedero un saggio — *mutua mihi decem super isto libro, vel super ista re* — (*b*). Se creditore e debitore stipulavano fra loro che al primo fosse permesso di vendere alcuna cosa del debitore, si presumeva la ipoteca (*c*). E quel ch' è peggio, veniva indotta e presunta da atti equivoci, indiretti, e dubbî: al giudizio dei quali occorreva un certo acume mentale, e una certa elasticità curialesca fatta apposta per imbrogliare gli affari. La licenza data al creditore di entrare di proprio senno in certi fondi, valeva

---

(*a*) Rota in Rom. dotis de Merlinis 17 Feb. 1578. Merlin. de pign. et hypot. Lib. 1. T. II. Qu. XI. N. 22.

(*b*) Bartol. in l. fidejussor. §. 1. D. de pign., post glos.

(*c*) Bartol. ad. L. 3. §. fin. D. qui potior. in pign. Bald. in l. creditores in fin. C. de pign. Negusant. Part. III. memb. 1. num. 4. de pign.

Digitized by Google

ipoteca (*a*). Se uno soscrivesse senza una ragione espressa lo scritto in cui altri obbligava la cosa sua, s'imponeva una ipoteca (*b*). Se uno prestasse fidejussione a colui che, senza il proprio consenso gli avesse già innanzi obbligati gli averi, faceva atto d'approvazione che si estendeva all'obbligazione reale nella quale non era intervenuto; e benchè la fidejussione ad altra ragion di credito fosse da riferirsi, e fosse di sua natura personale, tuttavia il testo romano seppe vedervi dentro una costituzione d'ipoteca (*c*). Se però la fidejussione fosse stata *anteriore*, non partoriva ipoteca (*d*). Se in qualità di semplice testimonio si firmava la scrittura, pareva non potersene dedurre ugual conseguenza: ma siccome era pur sempre un fatto, che avrebbe dovuto difendersi con qualche salutare riserva, se ne fece un disputar non lieve fra i dottori che commentarono la famosa legge quae dotis D. solut. matrim. come il Tartagni e il Barbosa.

Che più! Se alcuna stilla di dolo fosse caduta nel contratto, il dolo era punito coll'ipoteca (*e*). Solo che alcuno si fosse azzardato a dire, che i tali beni erano designati per il soddisfacimento del credito, malgrado la contraria sentenza del Castrense e della glossa, si teneva costituita la ipoteca (*f*). Per qualunque annua prestazione che per avventura dovesse provenire da una data sostanza, era costituita la ipoteca (*g*). Quando la prestazione non era semplicemente imposta *sui frutti*, correva un'opinione che simile contratto non producesse ipoteca sul fondo, ma soltanto un'azione personale contro il debitore o successore universale di lui (*h*),

---

(*a*) Bald. al d. testo. L. 3. §. fin. Alexand. in detto §. fin. in apostill. ad Bart.

(*b*) Bart. in l. fidejussor §. 1. D. de pign. post gl.

(*c*) È dottrina sincera del testo (*L. si gratuitam*) ovvero — *Pomponius* — (variante) L. 5. D. in quib. caus. pignus vel hyp. tacit. conthr.

(*d*) L. suddetta.

(*e*) Merlin. de pign. et hyp. Lib. 2. Tit. 3. Qu. 90.

(*f*) Bart. in L. Lucius 12. N. 2. ff. de alim. et cibar.

(*g*) Negusant. de pign. p. 2. M. 4. N. 164. Mantic. de tacit. et ambig. Lib. II. Tit. III. N. 13. e Tit. 14. N. 6.

(*h*) Merlin. de pign. et hyp. Qu. 91. Lib. detto.

Digitized by Google

comechè a Graziano non piacesse la conclusione (*a*). Ma se trattavasi di causa privilegiata, pia o alimentaria, la semplice designazione del luogo i cui frutti erano soggetti alla prestazione, induceva la ipoteca (*b*). Era savia nell' interesse dell' ordine morale una simile estensione; come si troverà giustissima quella che dava ipoteca per le pensioni riservate sui beni del Beneficio, e contro il possessore della prebenda, non solo per le pensioni decorrende ma eziandio per le decorse prima della provvisione. Un quasi-contratto nasce fra il pensionario e il prebendato coll' accettazione della prebenda onerata della pensione, onde la obbligazione personale, e, come accessoria, la ipotecaria (*c*).

6. Avveniva non di rado (tanta era la perspicacia e la rettitudine morale dei giuristi pratici) un buonissimo effetto da quella estensione logica del diritto d' Ipoteca, come ora abbiam visto, e molti altri esempî possono far manifesto, servendosi con ciò alla causa della moralità, interessata a conservare questo o quel diritto con un vincolo di pegno. Ma il grave e doloroso morbo era posto nella dissolvente natura dell' arbitrio, che suol guastare la giuridica, combattuta dai sottili ingegni forensi; difficile e pericolosa quando non si sviluppa dalla ragione suprema del legislatore, e per lo più inaccessibile al volgo degli uomini d' affari che non ne intendono un filo. Diffatti in questo vago e indefinito tema si vedevano uscire teorie veramente curiose. Quella, per esempio, che il notaio potesse da se, e in virtù del suo clausulario, costituire ipoteche, purchè nello stesso contratto il facesse e non ex intervallo (*d*); abbandonando sì importante effetto a una consuetudine dello stile, non intesa dalle parti sotto quel gergo latino che

---

(*a*) C. 683. N. 11.

(*b*) Surd. de alim. L. 8. Priv. 51. N. 3. Gratian. cons. 683. N. 13. Merlin. de pign. detta Quaest. 91. N. 14.

(*c*) Gigas de pension. qu. 39. e 40. N. 1. Abb. ad C. querelam de decim. Merlin. Lib. d. Qu. 92.

(*d*) Rota decis. 44. Cor. Burat. — Surd. decis. 213. N. 8. Rota in Rom. donat. apud. Zachiam de oblig. Cam. 83. N. 1. Mantic. de tac. et amb. Tit. 10. N. 19.

Digitized by Google

usavano allora, e quel ch'è peggio, non sempre inteso dagli stessi notai. Altra volta si confondevano assolutamente le regole giuridiche meglio fondate, quando si disputava se il patto di retrovendita partorisse ipoteca colla quale agire contro il terzo possessore (*a*). E si abusava della santità del principio religioso, e di ogni logica umana, argomentando dal giuramento la costituzione di una ipoteca speciale (*b*).

§. VII.

Qual estensione prendesse nella pratica giuridica la ipoteca tacita, esordita da tenui principî nel processo della giurisprudenza romana.

1. L'ipoteca tacita, secondo il diritto romano e statutario, è quella che deriva dalla legge senza il concorso della volontà dell'uomo, e viene imposta, non patteggiata, più pronta negli effetti che la convenzionale (*c*). Disposizione di diritto che talvolta può essere modificata dal patto colla surrogazione di altro modo di cauzione, ma che il patto non può togliere, almeno in quanto concerne l'ordine pubblico: materia grave da esaminarsi ai luoghi opportuni della discussione dottrinale, e che non troviamo convenire a questo saggio storico della istituzione ipotecaria.

2. Basti solo il notare per l'intelligenza della *ipoteca tacita*, giusta il concetto che se ne formarono gli antichi, alquanto diverso dal nostro, che *quattro specie* d'ipoteche tacite conoscevano gl'interpreti del diritto. La prima che nasceva dalla legge, supplimento della volontà dell'uomo, e presidio d'ordine in certi casi consigliati dalla ragione del ben pubblico 2.ª quella che chiamavasi

---

(*a*) Cattiva interpretazione della L. creditor 3. §. post divisionem ff. qui potior. in pign. come dimostra quel gran senno del Tartagni-Alex. Cons. 10. Lib. 1.

(*b*) Seraphin. de privileg. juram. priv. 158. — Merlin. de pign. Lib. 2. Quaest. 100.

(*c*) Salic. in l. assiduis 12. N. 4. qui potior. in pign.

Digitized by Google

pegno pretorio, che non era propriamente una ipoteca come diremo più avanti 3.ª e quella del pegno giudiziale, distinto essenzialmente dal pretorio (checchè ne dica qualche scrittore (*a*)), e che non era altro che l'atto esecutivo della sentenza, e l'inizio legittimo della spropriazione (*b*).

Eravi altresì una quarta specie che quei maestri consideravano come irregolare o anomala (*c*), ed è quella dei legati e dei fedecommessi, prescritta da Giustiniano nella L. 1. C. com. de legatis §. nostra. Inst. de action. e di cui sarà luogo a parlare fra breve (§. XII.).

3. Prima di Servio non si conobbe ipoteca tacita-legale (sopra §. III. N. 4.). Quel moto del potere pretorio fu come la introduzione di una idea feconda ch'ebbe l'onore di una imitazione nella quasi-serviana (§. ivi); che se non vogliam chiamarla base, fu certo la prolusione delle future costituzioni d'ipoteche tacite-legali.

Di questa ipoteca legale primitiva non darò che brevi cenni, perchè essendo in vigore presso alcune legislazioni moderne, la trattazione cadrà opportuna quando quella materia verrà sotto la penna dello scrittore. E solamente noterò quanto l'istinto del pigliar luogo, e allargarsi, dominasse la giuridica derivata, che stanziava le seguenti massime 1.° l'ipoteca del mobile introdotta nel fondo urbano, oltre le pensioni, applicarsi eziandio ai deterioramenti del predio locato 2.° potersi i mobili ritenere dal locatore per debito diverso, benchè questa tradizione di Bartolo (*d*), fosse da Giasone contraddetta e condannata; ma la posterità giuridica ha decretato al primo la causa (*e*) 3.° l'interdetto utile, o azione quasi-serviana con cui si colpiscono le cose mobili dell'inquilino; la quale azione quasi-serviana o ipotecaria era utilmente surrogata

---

(*a*) Mantic. de tac. Lib. II. Tit. 2.
(*b*) L. a Divo Pio 15. §. 2. D. d. rejudic.
(*c*) Merlin. de pign. Lib. I. Qu. XI. N. 39.
(*d*) In L. solutam §. solutam ad fin. D. de pign. act.
(*e*) Negusant. de tac. et hyp. M. 4. P. II. N. 179.

Digitized by Google

alla Serviana immediata e diretta, quando le cose partivano dal luogo locato (*a*).

4. L'azione quasi-serviana, o ipotecaria, estensione logica della idea di Servio, rivelò alla giurisprudenza romana una nozione sconosciuta: la idea cioè della vera ipoteca (§. III. N. 4.), vincolo metafisico che riunisce alla personalità del creditore le cose venute in dominio di terzi: specie d'invasione giuridica di cui non si potrebbe trovare l'esempio che in quella condizione di tempi, e in quella natura di organismo giudiziario, proprio dei romani. L'autorità pretoria fungeva per molti rispetti le veci della legislativa che permetteva alle forme del diritto di svilupparsi da se fra le collisioni degl'interessi dei privati, e colla guida di quelle norme generali dell'equo e del giusto che gli uomini sentono nel cuore. Giunto questo sviluppo dei pratici bisogni e dei costumi a una certa maturità storica, il pretore, a così dire, se ne impadroniva, e consacrava il principio, come un risultato finale e collettivo di tutto quel moto prolungato empiricamente nel lungo corso degli anni, e lo riponeva sotto la protezione della equità generale. Nè certo alcuna cosa fu meglio pensata quanto la istituzione della magistratura pretoria: arbitrio dell'uomo giusto e illuminato che temperava il rigore meccanico delle forme giudiziarie; colle azioni, apriva i varchi legittimi all'esercizio dei diritti; e ajutava i progressi perpetui della civiltà, serbando tutto il rispetto, almeno nella espressione e nella forma, verso l'autorità imperante che non gli aveva mai demandata la fazione legislativa (§. III. N. 4.) (*b*).

(*a*) §. item Servian. Inst. de action. Bartol. in L. final. D. de Salviano interd.

(*b*) Cogli editti pretorî, il diritto nazionale (jus civile), divenuto scarso e inadeguato ai bisogni del commercio e alle relazioni cogli altri popoli subiva una evoluzione rimarchevole, combinandosi coi principî elementari del gius gentium che sono quelli della universale giustizia. *Niebuhr. St. Rom. P. II. p.* 314. *Savigny Storia del Dir. Roman. del medio evo T.* 1. *C.* 1.

Digitized by Google

§. VIII.

Segue lo stesso argomento. Della obbligazione camerale e guarentigiata.

1. Così nel progresso dei tempi i bisogni del popolo commerciante, e le abitudini contrattuali che n'erano le rappresentanti legittime, si lasciavano visibilmente indietro le disposizioni legislative; perchè la civiltà progredisce, secondo è statuito negli ordini della Provvidenza, e sarebbero rimaste stazionarie le leggi, se il magistrato, con una specie di moderata dittatura, giustificata dalla necessità delle cose, non la fosse venuta come a dire traendo a se, per farla camminare coi tempi, e tenerla a livello della coscienza pubblica e degli avvenimenti. Ma alla perfine un tale procedimento si sviluppava nella larga cerchia della legalità, nel modo con cui veniva inteso allora; si manifestava per organo legale; e si temperava col freno di una cauta e riguardosa politica che allentava la mano sulle esigenze dei bisogni senza sorpassarli, senza esagerarne le tendenze, senz'abusarne lo scopo. Tutt'altro avvenne in tempi molto posteriori, quando le intemperanti prammatiche, irruppero e versarono nel foro teorie d'incerta o sconosciuta origine; teorie che si andavano estendendo quasi ad ogni commento e ad ogni decisione, presso a poco, se mi si passa il paragone, come la macchia d'olio che impressa nella stoffa a colpo d'occhio ingrandisce. Una di cotali superfetazioni della prammatica era certamente la clausula camerale e la guarentigiata, in quanto si volle produttiva della ipoteca generale, nei paesi in cui era in uso.

2. Un antico rescritto degl'imperadori Valentiniano, Valente e Graziano, emanato nella seconda parte del quarto secolo (anno 368) rinviò l'appellazione di un debitore di fiscali tributi, stanziando il principio che il debitor fiscale non appella, come perpetuamente convinto di aver torto (*a*). Parificato così al contumace,

---

(*a*) L. abstinendum 4. C. quorum appellat. non recipiantur. Più chiaramente è posto il principio nella L. 8. C. eod.

Digitized by Google

spregiatore della maestà del magistrato (*a*), si ordinò doversi perseguitare con tutto il rigore (*b*). Si pretende che la *formola* Camerale avesse la sua remota radice in quella legge dei tre Imperadori (*c*). Pare però che con miglior ragione il Gallesio le attribuisse origine del tutto incerta (*d*), riputandola un uso introdotto nella Curia Romana, benchè dei primi tempi, ed obbiettivamente applicata a favore della S. Sede Apostolica contro coloro che, provvisti di Beneficio, non erano troppo solleciti di soddisfare i debiti verso quella incontrati. Se codesti beneficiati dimoravano in luoghi lontani, come spesso avveniva, la condizione del fisco camerale si rendeva più grave per la difficoltà di convenirli in giudizio. Perciò fu ideata una cautela così stringente e perentoria da supplire a ogni altra obbligazione di parole, e sì potente da toglier di mezzo ogn' indugio: e fu trovata la formola Camerale.

3. Questa formola, redatta con quella precisione minuta e con quell' abbondante previdenza che distingue i lavori di questo genere nella Curia Romana, conteneva primieramente le più aperte confessioni del debito incontrato e delle sue scadenze; le rinuncie più ampie ed effrenate a ogni beneficio di termine; l' accettazione di qualunque rimedio coattivo più rigoroso, non esclusa la sospensione dagli ufficî nel rispetto spirituale, e la carcere, in linea di costringimento materiale; e implicitamente, ma più spesso esplicitamente, conteneva la obbligazione della ipoteca generale sugl' immobili, mobili, azioni ecc. Insomma l' ufficio della formola fu decisamente quello di contenere in se stessa *ogni strumento di esecuzione* (*e*). È inutile il parlare di tutte le prerogative della formola

---

(*a*) L. 1. eod. ved. anche la L. 17. Cod. Theodos. eod.

(*b*) Necessario in contumacem rigor judiciarius excitetur L. abstinendum d.

(*c*) Zacchia de oblig. Camer. Qu. 11.

(*d*) Ad formul. Camer. oblig.

(*e*) Omnes firmant quod *obligatio Cameralis* inventa fuit ut parata esset *omnis generis executio*, ad finem non faciendi processum ordinarium. Rota coram Litta Decis. 79. N. 4. Zacchia de oblig. Cam. Adnot. ad Gales. Quest. 11. *a*. N. 1.

Digitized by Google

che sino a quel punto che è compatibile colle nuove istituzioni, ottiene anche oggi nello stato pontificio la più completa esecuzione, come verremo mostrando nell' opera ai luoghi opportuni. Ci fermeremo agli effetti ipotecarî.

4. Essa aveva l' effetto immediato e fulmineo di coprire di una ipoteca generale tutti i beni presenti e venturi del debitore, mobili ed immobili, come portava la regola tremenda di quei dì; una gran rete che avviluppava la persona del debitore con tutte le realità sue. Da tal fonte si produceva una natura d' ipoteca privilegiata ed universale. Due fra le regole principali del diritto comune cadevano a fronte della formola Camerale. Tutte le obbligazioni con questa formola erano solidali, e quindi l' eccezione della escussione non competeva ai coobbligati; la formola teneva luogo di un patto speciale di solidarietà, il più stretto (*a*). Era facile il transito alla non escussione ipotecaria. Chi è fornito della ipoteca generale e della speciale deve valersi della seconda, ed esaurire la sostanza specialmente obbligata, prima di passare all' esercizio della ipoteca generale. É uno dei principî elementari del sistema, di cui a lungo sarà ragionato altrove. Ebbene! la formola camerale dispensava il creditore dalla escussione dei beni specialmente ipotecati (*b*). Estendeva la obbligazione ipotecaria anche agli accessorî, non contemplati, o fors' anche non pensati. Il che dava al pegno, quanto alla sua estensione, una elasticità immensa. Senza menzione, vi erano implicitamente compresi nella ipoteca i danni e gl' interessi (*c*).

(*a*) Gratian. Cons. 87. N. 25. Lib. 1. Rota Rom. Mutui 16 novembre 1801. Dec. XXII. post. Zacch.

(*b*) Pacific. de Salvian. interd. Inspet. 3. C. 3. N. 46. in fin. con molti altri, cui si possono aggiungere molte decisioni della Rota moderna, alcune delle quali indicheremo a suo luogo. Correva però qualche opinione che la facoltà di passar oltre senza escussione non fosse da ammettersi se non quando i beni si trovassero in mano al debitore medesimo; non quando si trattasse di agire contro il terzo: materia che dovrà pure esse riassunta nell' opera. Surd. late nella Decis. 44. N. 10. e Scapuccin. de success. sing. Lib. 2. qu. 20. in fin.

(*c*) Zacchia de oblig. camer. ad Gall. qu. v. N. 33.

Digitized by Google

5. *La clausula guarentigiata*, meno illustre, non era meno potente. Era un modo anche questo di dare fulminante esecuzione alle convenzioni; erba nata nell' orto dei notai, ignorandosi donde sia venuto il seme. La *guarentigia* era un precetto dell' autorità notarile, inserto nel rogito, pari in virtù ad una sentenza passata in giudicato. Per se stesso questo precetto non avrebbe prodotto la ipoteca: ma ci entravano sempre o quasi sempre tutti gli elementi capaci di costituirla: il giuramento, l' ordine giudiziale, il clausulario della obbligazione reale.

Codeste formole produttive della ipoteca generale la pratica le aveva rese come indispensabili; e non c' era istrumento che non ne fosse munito (*a*). Se ne fossero chiari i contraenti, o se il notaio stesso vi facesse sempre quell' avvertenza che vi doveva, non lo domandate. Nelle scritture private non usavano le parti quella leggenda (*b*), neppure strozzata in compendî e forme abbreviative, come presero poi a fare i notai: e questo mostra che d' ordinario le parti subivano le formule senza pensarci. Ma la innondazione dei rogiti vestiti di quelle formole era già tanta che il mondo n'era sommerso.

§. IX.

Della estensione della istituzione ipotecaria per l' applicazione diretta del potere legislativo.

1. Non mai espressamente sancita, ma tacitamente approvata, la Ipoteca richiamò l' attenzione dei Principi, mossi da cagione d' interesse pubblico: onde può istoricamente affermarsi questo fatto, che la Ipoteca, per quanto concerne l' interesse dei privati, fu quasi in ogni sua parte ordinata dalla scienza dei privati giureconsulti (*c*) e da quel potere di transizione che si chiamava

---

(*a*) *Omnia instrumenta possunt fieri*, *prout de facto fiunt*, cum guarentigia et formula camerali. Zacchia ad Galles. Qu. 2. N. 12.

(*b*) Giovanardi. — Il *sistema ipotecario* — Diss. VI. N. 3.

(*c*) In generale quando parlo dei giureconsulti ordinatori del gius, non mi restringo ai cinque campioni della giurisprudenza, per così

Digitized by Google

magistrato pretorio; laddove in tempi posteriori divenne soggetto di prescrizioni dirette dalla suprema autorità dello Stato, quella degl' Imperadori, sotto viste d' ordine e di pubblico vantaggio.

2. *Ipoteca a favore dei pupilli sui beni del tutore e del curatore.* Questa legge risale all' anno 314 dell' êra cristiana, e fu promulgata dall' Imperador Costantino (*a*). Non si conosce che prima di quel tempo i curatori avessero questo dovere. La costituzione fu poi confermata e ampliata da Giustiniano (*b*).

3. Alcuno ha veduto (*c*) nella costituzione di Giustiniano (6. Kal. April. ann. 530) un' ampliazione ipotecaria; in quella bella costituzione in cui prescrisse il termine di tre anni alla decisione di ogni lite, *ne fiant pene immortales et vitae hominum modum excedant.* Povero Giustiniano! Si pretende che ivi fosse stanziata la obbligazione ipotecaria *dei curatori ad lites.* (§. fin. L. properandum 13. Cod. de judic.). É un errore di un scrittore famoso, il Negusanzio, e però degno di esser notato. Il legislatore dà carico espresso ai tutori, curatori, procuratori di cause pupillari, i quali per loro negligenza avessero protratta la lite oltre il triennio, e li condanna in tutte le conseguenze, senza pregiudizio del processo pendente. Il che è ben diverso dal sommettere i curatori ad lites alla ipoteca. Ma una evidente proclività di allargare la rete ipotecaria (quasichè non fosse vasta abbastanza) si ravvisa in tutti i prammatici dell' epoca.

---

chiamarli (Papiniano, Paolo, Cajo, Ulpiano e Modestino) le cui sentenze, se ne togli le note di Ulpiano e di Paolo sopra Papiniano, acquistarono dignità di legge per la celebre Costituzione di Valentiniano III, inserta poi nel codice Teodosiano ed estesa anche all' impero d' oriente. Si sa che dove le opinioni si trovassero discordi, doveva prevalere e decidere le quistioni quella di Papiniano. *L. unic. C. Theodos. de respons. prud.* — *Montesquieu Esprit des lois. Lib.* 28. *T.* 4. *Savigny St. rom. del medio evo capit.* 1.

(*a*) L. pro officio 20. C. de admin. tut. vel cur.

(*b*) L. un. §. 1. Cod. de rei ux. act. — L. 5. Cod. de legitim. tutela del 3 novembre 529. — Nov. 118. cap. 5. in fin.

(*c*) Negusant. de pign. et hyp. Par. II. M. 4. N. 8.

Digitized by Google

4. Un altro esempio di codesta incongrua estensione dei prammatici, è quel volersi eziandio vincolato alla ipoteca tacita il padre usufruttuario dei beni avventizî, di cui i figli hanno la proprietà, per provvidenza dell' Imperad. Giustiniano *L. cum oportet* 6. *C. de bon. quae lib.* (*a*). Vero è che la ipoteca tacita si voleva indotta allora solamente che il padre abusasse dell' amministrazione, o alienasse i beni in frode e danno dei figli. Ma altri rimedî non mancavano al primo inconveniente; e il secondo non era possibile, poichè non avendo il padre la proprietà, non avrebbe potuto venderla con effetto. Ma ciò che è più, la legge non avea mai ordinata questa tacita ipoteca.

5. *Ipoteca tacita sui beni dei conjugi passati a seconde nozze.*

L' Imperad. Giustiniano nelle celebri Costituzioni hac edictali et si quis priors C. de sec. nupt. volle rendere alla moralità questo tributo, che i coniugi, convolati a seconde nozze, non potessero dei loro beni liberamente disporre a favore del secondo coniuge; ma volendone per testamento o per donazione disporre, questa legge serbassero; dovesse cioè il disponente di tanto essere liberale ai figli di primo letto di quanto il coniuge acquistasse in virtù del suo testamento, atto d' ultima volontà, o donazione; che se più fossero i figli, il patrigno o la matrigna non potesse ricevere oltre ciò che avesse ricevuto quello dei figli a cui era lasciato il meno. E così mirabilmente frenata la libidine de' nuovi affetti, e onorati i diritti di natura, restava la efficacia della sanzione che Giustiniano trovò nella ipoteca a cui sommise i beni dei coniugi (L. d. §. 2.). E vi aggiunse in espressa conferma l' altra Costituzione. L. assiduis C. qui potior. ov' espressamente dichiarò di avere largito questo diritto d' ipoteca. Ipoteca generale, poichè in altro modo non poteva intendersi, estendibile eziandio ai beni futuri della madre (*b*).

(*a*) Tradiz. di Bartolo e Baldo alla detta legge. — Negusant. de pign. l. d.
(*b*) Socin. Cons. 34. Vol. 1. colla Glossa, e Baldo.

Digitized by Google

§. X.

Segue lo stesso argomento. Ipoteca tacita dotale.

1. Qui la disposizione è letterale (*a*) e piena; in materia di dote bisogna lasciar fare a Giustiniano; egli aveva in protezione le donne; la ipoteca tacita colpiva i beni del marito per la restituzione della dote, i beni della moglie a garanzia della dote promessa o evitta, e quelli delle persone obbligate quali si fossero; e per qualunque natura di dote o avventizia o profettizia. Uso migliore della ipoteca non si era mai fatto. Giustiniano « il cui secolo non eb- » be una grande potenza inventiva » (*b*) ma legislatore per molti rispetti ammirabile (*c*), Giustiniano, che sollevò il matrimonio dal fango della corruzione pagana; Giustiniano, in questa sistemazione economica della dote, fondò una delle basi più sicure del ben essere della famiglia (*d*).

2. Nel doppio rapporto dell' interesse economico privato e dell'ordine morale, questa legge dee considerarsi come un vero progresso.

(*a*) Et ut plenius dotibus subveniatur, quemadmodum in administratione pupillarium rerum, et in aliis multis juris articulis, tacitas hypothecas inesse incipimus, ita et in hujusmodi actione *damus ex utroque latere hypotecam* . . . . §. 1. L. unic. C. de rei ux. act.

(*b*) Savigny Storia del Dir. Rom. del medio evo. Cap. 1.

(*c*) Giustizia che nello stesso luogo gli è resa da quel principe dei moderni giureconsulti. Non è questo il luogo in cui esaminare la quistione abilmente trattata dal ch. sig. Avv. Giovanardi — *Il sistema ipotecario.* — Diss. XII. §. 18. se la L. unic. C. de rei uxor. act. comprenda anche il suocero che ha ricevuto la dote (come io tengo veramente); e se la legge pontificia, che ugualmente ne tace, sia da interpretarsi in questo o in diverso modo rapporto allo suocero. In questo breve prospetto storico il progredimento della idea ipotecaria non può che tracciarsi a grandi tratti; riserbando ai luoghi opportuni l' esame speciale dei testi e delle dottrine.

(*d*) Dirò più avanti in questo stesso discorso P. II. intorno alla virtù prelativa di questa ipoteca tacita.

Digitized by Google

Il patrocinio delle doti valeva, bisogna convenirne, il patrocinio dei matrimonî. Assicurare le promesse dotali, prevenire le dilapidazioni dei mariti, era un assicurare la concordia, un prevenire i divorzî, e tutte le altre conseguenze della dissolvente miseria. Non bisogna domandar qui, se Giustiniano abbracciasse nella mente la importanza sociale di un règime ipotecario organizzatore del Credito; e se a tale concetto rispondesse la natura della ipoteca legale da lui sistemata a favor delle doti. Nella imitazione di tutti, o quasi tutti, i codici moderni, che pure si proposero di organizzare il Credito coll'istrumento della Ipoteca, troverebbe la legge di Giustiniano un elogio o una scusa; ma non si può chiedere ai tempi e alle stagioni i frutti non ancora maturi.

3. E poichè siamo entrati in questo discorso, che fornirà materia nel corso dell'opera, bastandoci qui di segnare alcune linee storiche, ricorderemo che il merito di Giustiniano consiste meno nella novità che nel miglioramento da lui recato a questa istituzione. La legge Giulia aveva prescritta la inalienabilità del fondo dotale, e con ciò l'economia famigliare acquistava stabilità. Severo ed Antonino, indi Gordiano ritoccarono, la legge Giulia in via di conferma e di estensione (*a*). L'imperador Decio preferì la causa della dote a quella stessa della repubblica (*b*). Volle con ciò derogare ai rescritti dell'imperadore Antonino che a quelli delle doti fece andar innanzi la ragione del fisco che avesse per sè la poziorità della data (*c*)? Lo vedremo altrove. Malgrado questa ed altre previsioni legislative (*d*), Giustiniano trovò in grave disordine la istituzione dotale. Della pietà, forse un po' molle, che il muoveva, è testimonio la L. 12. C. qui potior. in pign. Egli costituì sopra una base più larga la virtualità dell'azione uxoria, conosciuta dagli antichi, e la circondò di maggiori garanzie. Ecco tutto. Egli se ne applaude, al solito (d. L. assiduis 12.); e nella Nov. 97. c. 2. in princ. Nov. 109. c. 1. ripete la sua soddisfazione di aver

---

(*a*) LL. 1. e 2. Cod. de fundo dot.
(*b*) L. C. de jure dotium. ann. 251.
(*c*) LL. 2. 3. C. de jure fisci. ann. 314.
(*d*) L. 4. C. in quib. caus. pign. vel hyp. solv.

Digitized by Google

così provveduto all' interesse delle mogli. La rigida poziorità da lui attribuita alla Ipoteca dotale, il permettere la Ipoteca sulla base di convenzioni verbali, derogando la forma stipulatoria (*a*), non fanno presumere in quel legislatore delle viste molto elevate in fatto d' istituzione ipotecaria. Ho già detto sotto quale rapporto deve apprezzarsi questa riforma.

§. XI.

Segue lo stesso argomento. Ipoteca tacita fiscale.

1. L' interesse della famiglia, considerato come base dell' interesse generale, partorì la Ipoteca tacita dotale: l' interesse dello Stato motivò la Ipoteca del fisco. L' imperadore Antonino, cominciando il terzo secolo, fu molto sollecito di questa Ipoteca fiscale che abbracciava nella sua generalità tutti i beni dei tributarî (*b*). E qui osserveremo di passaggio, che due grandi fonti d' imposte conoscevano i romani; il testatico che con diversi nomi viene significato nella storia delle sorgenti (*c*) e la territoriale, che ha conservato il nome improprio di capitatio, basata sulla stima dei terreni. La quale stima non si componeva solamente del valore del terreno, ma di tutti gli accessorî, compresi i coloni e gli schiavi che lo coltivano, e vi erano addetti (*d*). Il sistema delle imposte

---

(*a*) L. unica C. de rei ux. act. §. 1.

(*b*) Universa bona eorum qui *censentur*, vice pignorum tributis obligati sunt. L. 1. C. in quib. caus. pign. vel hyp. tacit.

(*c*) *Capitatio* — *capitatio humana* — *capitalis illatio* L. 7. C. Theod. de tiron. L. un. C. 1. de col. Thrac. L. 6. C. Theod. de collat. donat. L. 23. pr. C. 1. de agricol. Non si conosce bene a quanto ascendesse il testatico che si pagava dagli uomini, e solo per la metà delle donne. Placentino tiene che il *simplum* importasse un *aureus* (summa in treslib. Tit. de annon.) ma la sua opinione non è solida. Savigny — sul sistema romano delle imposte P. I. Da Graziano e da altri imperadori quella imposta personale fu diminuita.

(*d*) Gotofred. Paratitl. in L. 2. Cod. Theod. de censu. — Ergo capitatio est modus collationis *pro jugerum seu capitum numero*, *non pro*

Digitized by Google

venne fortemente costituito sotto l' Impero. Le conquiste della repubblica lo avevano preparato. Ampia materia di tributi fornivano le provincie fuori d' Italia, poichè i romani solevano mantenere i balzelli a cui erano sottoposte prima della conquista, dai loro particolari reggimenti, e ne aggiungevano dei nuovi per conto proprio. I modi però delle imposizioni erano diversissimi. In Sicilia specialmente. Vi aveano in Sicilia città alleate, esenti dalle imposte; altre contribuivano una parte dei frutti (l' appalto delle quali contribuzioni, come a Roma, soleva condursi dai censori); altre il *vectigal stipendiorum*, ossia una rendita determinata; ma queste in Sicilia eran pochissime: in generale si pagava la *decima* riscossa da certi pubblicani che facevano dei contribuenti quel duro governo di cui Cicerone in Verrem ci lasciava sì tristi memorie, forse un po' esagerate nel calore della eloquenza. La terra italiana era immune dalle imposte (*a*). L' impero si propose un sistema di uniformità

---

capite hominis ut vulgo creditur, etiam Cujacio (tratti dell' inganno del nome) denique terrena haec capitatio seu jugatio fuit; sic autem terrena fuit, ut ratio haberetur quoque hominum et animalium, veluti quae paris capitis seu substantiae et facultatum essent; unde et capitatio humana — non quasi pro capitibus eorum separatim capitatio et jugatio fieret aut praestaretur; verum quia *in censu veniebant referebanturque omnia, quae possessionum, capitum, sertiumque et jugorum aestimationi accederent.*

Ho creduto far cosa utile a questa parte oscura e curiosa della storia delle imposte, riportando tutto questo passo del Gotofredo. La opinione di Gotofredo è seguita dall' Hegewisch — finanze romane — dal Manso vita di Costantino — del Geraldo (meno in alcuni punti accessorî) dal Savigny ecc. e da quasi tutti i filologi moderni.

(*a*) Distinguevasi però la Italia *urbicaria* dall' *annonaria*. La prima solamente, che comprendeva Roma e i paesi vicini ad essa, con una parte della Toscana e del Piceno, era del tutto immune; la seconda, a quanto pare, era gravata di certe corrisposte in frutti naturali. Vi aveano però non poche città provinciali esenti, quelle cioè a cui si estese il jus italicum, al quale andavano annessi il privilegio della libertà (costituzionale) e il jus quiritarium, il diritto della proprietà. Un esempio è nella L. 8. p. D. censibus — Gotofredo alla L. 9. Cod. Theod. de Annona. Salmasio ad Trebell. Pol. trig. tyran. C. 23 Savigny Sistema Romano delle Imposte.

Digitized by Google

nella percezione delle tasse; era nel previdente e ben inteso suo disegno di amministrazione sostituire una imposta stabile in denaro alla varia e mutabile delle prestazioni naturali. La formazione dei catasti, problema ancora insoluto dei tempi moderni, risale ad Augusto. Pare però che il sistema della imposta territoriale non fosse portato a compimento che sotto il regno di Marco Aurelio. In processo, cominciando già le dissoluzioni dell'Impero, ai tempi di Massimino (Denina rivoluz. d'Italia Lib. III. c. 5. Aurelio Vittore dei Cesari C. 39.) anche l'Italia cadde sotto il peso delle imposte dirette, miti dapprima e moderate, indi ognora più dure e acerbe (*a*), secondo i bisogni di quelle perpetue rivoluzioni civili, e delle guerre esterne che cominciavano a portarsi i brani dell'impero. Pare soltanto che il jus italicum, quasi ramingo dall'Italia che fu la sua culla e che gli diede il nome, bastasse ancora a preservare qualche città delle provincie per un resto di rispetto tradizionale che si attaccava a questa istituzione primitiva (*b*): punto storico non ancora illuminato abbastanza dalla pellegrina erudizione tedesca. All'epoca di Giustiniano l'assetto tributario era quale si dichiara nella Nov. 128. de collectoribus etc.: documento prezioso per questo ramo di storia.

2. La sistemazione dei catasti, che dovrebb'essere il fondamento primo di ogni buon regolamento ipotecario, richiamerà più volte la nostra attenzione nel corso del libro. Per ora non saranno discare alcune altre nozioni sull'organismo, ma più ancora sullo scopo di quell'istituto presso i romani, che non ha assolutamente altro carattere che finanziario, come ora si dice.

Abbiamo notato che la istituzione può dirsi contemporanea di Augusto, onde non è maraviglia se Ulpiano, a'cui tempi aveva

---

(*a*) Vittore l. d.

(*b*) LL. 2. 4. 6. C. Theodos. de Censu. Osservo nella L. 1. D. censib. un bell'esempio di concessione del *jus italicum* che quel prudentissimo imperadore, che fu Severo, fece a una città della Siria, da cui il nostro Ulpiano traeva origine. La stessa legge, che è un frammento del Libro de censibus di Ulpiano, contiene altri di codesti privilegî largheggiati dall'imperadore Severo.

Digitized by Google

ricevuto tutto quello sviluppo di cui poteva esser capace, ne presenti le specialità più minute L. 4. Dig. de censibus (*a*). La l. 2. di quel titolo ci avvisa che i catasti si venivano di tempo in tempo rinnovando e purgando dai difetti, inevitabili in opere di questo genere (*b*). Operazione che ogni dieci anni ripetevasi anche perchè pareva essere opinione che in tal giro di tempo avesse potuto subire rilevanti mutazioni naturali lo stato agricola (*c*).

Capita erano i *corpi* di terreno, a cui si faceva corrispondere una moderata rendita, descritti colla esattezza che abbiamo ricordato nella nota. Ogni anno si compilava il conto delle imposte in armonica proporzione coi valori censuarî delle terre, e a ciascun *capo* si applicava la tassa, che veniva annunciata onde il pubblico ne avesse notizia, come facciamo oggidì; presso a poco. L'anno erariale, chiamato *indictio*, cominciava il primo Settembre; i pagamenti si ripartivano in tre termini: Gennaio, Maggio, e Dicembre (*d*). L'*Indizione* adunque (indictio), così spesso ripetuta nei rogiti di tutti i tempi, e così poco intesa, era l'annata delle imposte. *Indictio* però fu anche detto un periodo di quindici anni; e in codesti periodi quindicennali veniva diviso il tempo, a comodo del popolo commerciante e faccendiere. Specie di stadî o di riposi storici,

---

(*a*) Nel medio evo i libri delle imposte furono detti *capitastra* da *capita*. capi, o partizioni d'imposte, onde il *catastrum* o *catastro*. Gotofred. Paratitl. Cod. Theodos. XIII. 10.

(*b*) Agg. L. 5. Cod. Theod. de censu.

(*c*) Ciò si raccoglie dalla detta L. 4. D. censib. in princ. Voleva la esattezza di quei catasti una misura precisa — *quot jugerum* — Si denunciavano i fondi coi loro nomi volgari. *Nomen fundi cujusque et in qua civitate et quo pago sit;* e persino si contavano gli alberi e le viti. Vinea quot vites habeat; oliva quot jugerum et quot arbores habeat. L. 4. sudd.

(*d*) Le nostre fonti, di cui le principali si trovano nel Codice Teodosiano Tit. de annona, de indict. ecc. non forniscono materiali sicuri se forse si eccettua la L. 18. Cod. Theod. de annon. in cui è accennata appunto quella forma di riparto; in Gotofredo, in Cassiodoro, nello Scaligero la erudizione è varia, sconnessa e confusa; il Savignv Sistema delle Imposte P. III., ne ha tratto profitto con quella critica profonda che l'Europa ammira in tutte le opere sue.

Digitized by Google

che aiutavano la tradizione col sussidio di richiami o memorie temporali, ricorrenti in un giro determinato di anni; così nella Grecia si contava per Olimpiadi. Nelle costituzioni di Giustiniano l'accenno delle Indizioni è frequentissimo. Donde avessero origine questi periodi ricorrenti ogni quindici anni, non è bene accertato; pare però che si regolassero coll'assetto delle imposte, il quale cominciò a rinnovarsi ogni quindici anni (*a*). Onde sembra al tutto verosimile che le *indizioni* seguissero il costume di codesti periodi erariali, e si contassero da quelli (*b*).

3. Ciò basti per una intramessa erudita, se non è troppo. La cura che i romani si diedero di sistemare le imposte, la consolidazione che il sistema acquistò sotto il reggimento degl'imperadori, e specialmente degl'imperadori cristiani, spiega la ulterior precauzione di ravvolgere tutti i territori contribuenti in una rete ipotecaria onde non si potessero alienare i terreni senza trasportare nei successori l'obbligo dei tributi, anche arretrati. Ond'Ermogeniano ebbe a dire che il diritto di pegno era insito nella natura della prediale, e inerente alla persona del fisco — *fiscus semper habet jus pignoris* — *L.* 46. §. 2. *D. de jure fisci.* Lo stesso disse l'imperadore Antonino — Certum est qui cum fisco conthrait, bona velut pignoris

---

(*a*) Opinione, se non certa, almeno probabile. La rinnovazione dei catasti ad ogni decennio, ai tempi di Ulpiano è indubitata come si è provato nella nota (*c*) pag. 43. L'uso cronologico delle Indizioni che ha un periodo certo di quindici anni, e una evidente relazione col sistema delle imposte, ha fatto credere a questa mutazione, di cui però mancano testimonianze storiche tali da togliere dall'animo ogni dubbiezza.

(*b*) Savigny nella seconda giunta al Trattato dell'Imposta conferma la sua opinione con quella del celebre Walter — Storia del diritto — che con erudizione prodigiosa esamina le dottrine storiche di Niebhur e Schulz — *Scienza politica dei romani.* — È inutile adesso il dire ove Walter e Savigny non si accordano. Ciò mi condurrebbe tropp'oltre il mio tema. Trovo pure inutile il ricordare in quale misura i romani pagassero le imposte, e solo per curiosità riferirò la congettura di Niebhur che si calcolasse l'uno per mille, ossia un asse per ogni mille d'estimo. Storia roman. Vol. 2. N. 812.

Digitized by Google

» titulo obligari, *quamvis specialiter id non exprimatur* — L. 2. C. in quib. caus. pign. Lo stesso si dice nella legge terza (*a*).

4. Questo ed altri privilegi del fisco, materia abbondante che non si potrebbe esaurire così di leggieri, si scontravano spesso sul terreno legale con un formidabile avversario, il privilegio della dote; come due grandi elementi di pubblica prosperità, la forza morale dei matrimonî, e la forza economica del principato, amendue le quali bisognava proteggere. La legge equa mantenne l'equilibrio fra queste due forze: e fece prevalere o l'uno o l'altro privilegio secondo le date delle rispettive obbligazioni (*b*).

§. XII.

Segue lo stesso argomento. Ipoteca tacita dei legati e fedecomessi.

1. Dovendo il legato chiedersi all'erede, e potendo l'erede facilmente abusare della sua posizione in danno dei legatarî, l'antichità trovò un rimedio nella cauzione; in difetto della quale il legatario otteneva il possesso. Così divenuto il legatario custode del proprio diritto, aveva comune coll'erede il possesso dei beni ereditarî dai quali non poteva espellerlo (*c*): specie di lenta tortura che doveva produrre l'effetto di far risolvere costui all'adempimento

---

(*a*) Add. L. 6. §. 2. D. de jure fisci. con estensione al Tesoro, o Casa di Cesare. Di che dovremo parlare a luogo opportuno nella trattazione. È singolare che nella L. 4. C. in quib. caus. pign. vengono tacitamente ipotecati a favore del fisco militare non solo i beni del Primipilo, Centurione guidatore delle prime centurie dei Pilani, ma sussidiariamente eziandio i beni dotali della moglie. Legge di Caro Carino, e Numeriano del 283.

(*b*) Bisogna sempre aver presente che in questo Discorso preliminare si procede a brevi cenni in ciò che riguarda materia d'attualità, da trattarsi ai luoghi opportuni.

(*c*) E talvolta dei beni proprî dell'erede ove costui avesse agito con dolo; il che però non si ammetteva se non causa cognita. L. 5. D. ut in poss. legat. §. 5.

Digitized by Google

del proprio dovere (*a*). Rimedio che valeva sì per uno che per molti legatarî, i quali tutti ottenevano il possesso, intendendosi che ognuno possedesse per se, non per altri o per la massa, come diciamo adesso; altrimenti da quello che interveniva nel possesso dei creditori, i quali non possedevano per l'interesse individuale ma per l'interesse comune (*b*). Ma benchè la turba dei legatarî fosse spinta sul fondo, come alloggia una guarnigione in paese nemico per emungerne l'orgoglio, tuttavia era dell'indole del rimedio il non dare vantaggio a un legatario sull'altro, sicchè non avevano preferenza veruna dal tempo in cui singolarmente erano entrati nel possesso (*c*). Che se fra più eredi, alcuno avesse data cauzione e altri no, l'immissione dell'erede non aveva luogo che in proporzione della parte non cauta. Ma in quella specie di comunione forzata, niuna cosa essendo distinta, anche quell'erede che mallevato aveva, trovavasi così impacciato nell'amministrazione, che, per vivere in pace, avrebbe dovuto dar cauzione per l'intero, salva la sua ragione verso il coerede, secondo il buon consiglio del giureconsulto (*d*). Quello che diciamo dei legati, dicesi ugualmente dei fedecommessi. Dopo sei mesi, se i legati e i fedecommessi non fossero soddisfatti coi frutti, il possesso si applicava eziandio ai beni proprî dell'erede (*e*).

2. Quantunque da un passo di Ulpiano si argomenti una comunione di possesso fra legatario ed erede, come ho detto di sopra (N. 1. di questo §.) contuttociò un altro passo dello stesso frammento (Lib. 52. ad Edict.) ci avvisa che l'erede stava verso il legatario in una condizione passiva, giacchè il primo poteva

---

(*a*) Simul cum eo possidere jubetur ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat haeredi cautionem d. L. 5. d. ut in possess. legat. pr.

(*b*) L. d. §. 2.

(*c*) L. detta §. 3.

(*d*) L. d. §. 11.

(*e*) Secondo una Costituzione dell'Imp. Antonino Pio il cui testo è riferito da Ulpiano Lib. 52 ad Edictum, e attestato dall'Imp. Alessandro nella L. 6. C. ut in possess. legat., ma che non è riportata dal Codice.

Digitized by Google

considerarsi come il vero amministratore e custode dei frutti, solo permettendo all' erede di entrare nel fondo per coltivarlo e raccoglier le rendite (*a*). Dopo che cessava ogni sua ingerenza; il legatario vendeva le derrate e ritirava il prezzo che guardava per darne conto; responsabile ancora, secondo ragione, dei danni e deperimenti che fossero per accadere nella sostanza ereditaria di cui era in possesso.

3. Non si deve confondere questo rimedio col pegno o colla Ipoteca (*b*), come benissimo osservò il Cumano (*c*). Se per le istituzioni antiche i legatarî avessero avuto diritto d' Ipoteca, non avrebbero avuto mestieri di questo rimedio della immissione tanto odioso e gravante. Giustiniano difatti arroga a sè, con quel certo fare un poco millantatore che gli era solito, il merito della invenzione, non senza rimprocciare ai tempi anteriori le forme confuse, gl' inani e inestricabili circuiti, e l' avviluppato giro delle immissioni (*d*), le quali tutte abolì. In quella costituzione si recide ogni controversia sulla natura dell' azione che competeva anteriormente ai legatarî e fedecommissarî; e se ne ha certezza che a costoro non era altra azione che *personale* (*e*).

4. Da questa Ipoteca che Giustiniano instituì a favore dei legatarî, i prammatici dedussero, come una conseguenza, l' interdetto Salviano (*f*), solendo dire che hypoteca est mater Salviani. Onde nacque, che quell' anomalo e fastidioso possesso dei beni ereditarî, che il legislatore ebbe in vista di evitare, venne in certo modo riabilitato dalla giuridica, insaziabile di cautele (*g*).

(*a*) §. 22. eod.

(*b*) Papiniano parla evidentemente di *pegno pretorio* nella L. 4. D. separation. Appresso tratteremo della natura del pegno pretorio.

(*c*) Alla detta L. creditoribus 4. de separat.

(*d*) L. 1. C. commun. de legat. princ.

(*e*) Et non solum *personalem* actionem praestare sed in rem . . . . d. L. in princ. Il che ripete più avanti nella stessa legge. V. anche Instit. de legat. §. 2.

(*f*) Rota dec. 69. post. Cenc. Tract. de censib. e in altre decisioni innumerevoli.

(*g*) Della natura dell' interdetto Salviano dovrò discorrere più avanti

Digitized by Google

5. Nel corso della trattazione saremo ricondotti naturalmente su questo tema per applicazioni d'attualità; ora continuando a discorrerne per quanto concerne le nozioni storiche della materia, domanderemo se veramente la natura di questa Ipoteca fosse irregolare e anomala o singolare da tutte le altre, come alcuno la chiama (*a*). La specialità eccezionale di questa Ipoteca consisteva nella sua *dividuità*, non essendo tutta nel tutto, e tutta in ogni singola parte, ma non potendosi concepire che come divisa contro i singoli eredi. La tradizione sulla natura anomala e singolare di questa ipoteca dei legati, è molto diffusa, ma non sembra fondata nel vero. In sostanza compete ai legatarî l'azione ipotecaria per essere soddisfatti dei loro legati sulla universalità dei beni ereditarî, non singolarmente sopra una parte di essi. Vero è che fra i coeredi il debito dei legati è diviso di diritto, non dovendo ciascuno di essi pagare che quei tali legati di cui è gravato, o in proporzione del suo acquisto ereditario, secondo le varie leggi dei testamenti. Ma questo riguarda l'equilibrio che deve mantenersi fra i coeredi per quelle rifusioni che sarebbero dovute a coloro che avessero pagato oltre il debito. Quanto al legatario, o ai legatarî, che in luogo di agire coll'azione personale, contro i singoli eredi (nel qual caso non sarebbero questi tenuti che *pro virili*), intendono di esercitare le loro azioni ipotecarie sul complesso dei beni ereditarî o sopra una parte di quelli, non sa vedersi in questa Ipoteca quella natura particolare che le venne supposta (*b*). È certo che i legatarî esercitano la loro azione ipotecaria tutta sul tutto,

---

— intanto basti l'accennare ad una delle sue forme: al possesso precario della cosa legata, se trattavasi di specie; e dei beni ereditarî in certa proporzione, se di legati o fedecomessi in genere; possesso e godimento dei frutti che il legatario e fedecomissario conservava finchè l'erede si decidesse a soddisfare il debito — *Pacific. de salv. inter. Insp. 4. C. 1.*

(*a*) Bart. ad L. 1. N. 3. C. com. de legat. Costa de quota et rata qu. 105. N. 4.

(*b*) Sembra che quell'acuto ingegno di Paolo di Castro sia stato il primo a censurare la tradizione di Bartolo, discesa con poca critica nei giuristi posteriori — Ad l. 1. C. comm. de legat. — Merlin. de pign. et hypot. Lib. III. Qu. 14. N. 94.

Digitized by Google

e sopra ciascuna parte, qualora il legato affetti tutto il complesso ereditario, e non qualche corpo particolare, come talvolta avviene; ma anche in questo caso l'azione ipotecaria dei legatarî non si differenzia da ogni altra che ha la sua base nel credito, e che non può colpire altri beni di quelli in fuori che tiene obbligati.

§. XIII.

Della divisione delle ipoteche in pubbliche e private: ulteriore dimostrazione dello spirito di quella istituzione.

1. La Ipoteca, come il pegno, poteva costituirsi in qualunque forma, (§. VI.). Era la *ipoteca privata*. Se il mezzo estrinseco che costituisce la prova dell'obbligazione, si presentasse con un carattere di autenticità (un pubblico documento, o una scrittura privata firmata da tre testimoni), la Ipoteca s'innalzerà al grado di *pubblica*. Per tale prerogativa quest'ultima era preferita alla prima in un giudizio di concorso, benchè posteriore (*a*). Questa disposizione appartiene ai tempi nuovi della giurisprudenza romana; fu promulgata dall'imperadore Leone nel 469. Nel tempo innanzi non si faceva distinzione fra quelle ipoteche che si appoggiavano a convenzioni anche verbali, e quelle altre che in pubblici e solenni documenti erano fondate. A mostrare quanto poco i romani pensassero nella Ipoteca l'ordinamento del Credito fondiario, questo solo era fortissimo argomento come fu per noi dichiarato nel citato §. VI. Quanti secoli adunque trascorsero prima che il senno legislativo avvisasse alla necessità di ricostruire in qualche modo il sistema delle prove costitutive della Ipoteca! Offresi poi come importante nella storia della istituzione ipotecaria il considerare, che il legislatore intese assai meno di far servigio alla Ipoteca che al sistema generale delle prove, quando proclamò i vantaggi dell'autenticità istrumentaria sopra gli altri mezzi sperimentali di men certa e facile dimostrazione. È impossibile il prefigger forme solenni agli atti minuti e infiniti della vita pratica commerciale; ma la fede dei contratti

(*a*) L. scripturas 11. C. qui potior. in pign.

Digitized by Google

è nell' interesse dell' ordine, e ogni legislatore deve averne cura. Perciò dove si trattò di quelle materie che importano a un ordine più elevato d' interessi, pure accettando per ogni altra transazione qualunque ragione di prova, a quelle materie privilegiate si coordinarono mezzi dimostrativi di maggior forza e valore. Così Paolo nel Libro II. delle sentenze scrisse, che ogni argomento istrumentario era accettabile, o derivasse da scritture o da testimonianze, ma nel V. delle sentenze trovasi un altro frammento in cui vuole l' autentica scrittura nei debiti fiscali (*a*). L' atto costitutivo della Ipoteca era stato costantemente trascurato da quella legislazione (§. VI.): e ne hai novello esempio nel titolo de fide istrumentor. ove si riporta un frammento del libro di Cajo *de formula hypothecaria* in cui questa trascuratezza di ogni forma nella costituzione ipotecaria è, si può dire, consacrata. Nessuna solennità di scritto, ma nemmen di parole (*b*): per il che si mostra assai chiaramente che la *materia ipotecaria non era tenuta fra le interessanti l' ordine pubblico*, come la fiscale. L' imp. Leone non decretò migliori garanzie all' atto costitutivo della Ipoteca, lasciando che potesse legittimamente crearsi sul fondamento di qualunque mezzo di prova; soltanto diede prevalenza alla Ipoteca fondata in atto autentico sopra quella che appariva da altra prova meno sicura. Tutto questo, noi lo ripetiamo, non fu fatto nell' interesse della Ipoteca, ma dell' ordine probatorio che si voleva migliorare (*c*). Se fosse stato stanziato nell' interesse della prima, avrìa dovuto abolirsi, e togliersi

---

(*a*) L. 1. 2. e 5. D. de fide istrum.

(*b*) Jure hypotecae nomine obligata ad rem non pertinet quibus fit verbis . . . .

(*c*) L' autentica de instrum. cautela et fide §. si quis igitur et §. sed et si quis Col. 6. Tit. 2. al 3 Nov. 73. C. 1. e 2. da cui Alberico fece l' estratto che si aggiunge alla L. 11. Cod. qui potior. in pign. è altro documento a mostrare che lo spirito di quella disposizione non era altro che di sistemare in generale l' ordine delle prove. Un testo inserto nel Titolo de fide instrum. che è la legge 4. Dig. L. XXII. Tit. IV. (inserzione assai riflessibile) dimostra anche una volta che la materia ipotecaria non era fra quelle che il governo avesse in ispecial cura, come la fiscale.

Digitized by Google

dal mondo ogni altro mezzo incerto e fallace, elevando una volta il sistema ipotecario sopra una base di prove autentiche, quale fu giustamente prescritto dalle leggi moderne. Ordinare che la Ipoteca appoggiata su prova autentica, benchè posteriore, fosse anteposta a quella che è anteriore di data, ma sostenuta da prove meno autentiche e certe, era un confondere tutte le nozioni stabilite. Qual nuovo disordine veniva a gettarsi in mezzo al disordine! Il gran principio-prior in tempore potior in jure-filo di luce che poteva servire di guida in quel mare di dubbi e d'incertezze, veniva meno in questa nuova legge che non rispettava il tempo per amor delle prove. Bastava adunque a un debitore il concedere una ipoteca con una scrittura firmata da tre testimoni, per eludere il diritto di tutti i creditori anteriori! Io non so se altri abbia segnalato, come io faccio di presente, questo demerito della famosa legge scripturas verso la istituzione ipotecaria. Concedendo una maggior efficacia agli atti solenni, il legislatore ebbe il savio disegno di erigere su migliori basi la fede dei contratti; ma il principio ipotecario fu evidentemente sagrificato a questa idea colla introduzione di un privilegio che, non essendo fondato nella natura delle cose, si risolveva in perpetuo allettamento di collusioni e d'insidie (*a*).

§. XIV.

Riepilogo della Prima Parte del Discorso preliminare.

La Ipoteca ha una missione d'ordine e sociale, sconosciuta dagli antichi, non apprezzata forse abbastanza dai moderni. Per essa si stabilisce e si mantiene il Credito fondiario; una delle grandi applicazioni del Credito generale; che è il vincolo di fede che unisce gli uomini e le nazioni nel rispetto economico (§. I.).

(*a*) Gli statuti e alcune costituzioni particolari a qualche Stato vennero poi regolando la forma degli atti in virtù dei quali poteva prendersi ipoteca: ma ciò appartiene a tempi molto posteriori: e ne daremo conto nella Parte III.

Digitized by Google

La prima proposizione per molte guise si dimostra, discorrendo il gius romano; si dimostra dalla origine meramente privata della Ipoteca e dalla sua derivazione dal jus pignoris (§§. II. III.); dall' incongruo supplimento della fiducia (§. V.); dalla trascuranza d' ogni forma costitutiva (§. VI.): dal ripetere l' ipoteca i suoi principî e i suoi progressi dallo sviluppo di consuetudini popolari, raccolte e formolate dalla equità del Pretore (§. VII.). Un tale disordine legislativo fomenta le esorbitanze della prammatica nella clausula camerale e guarentigiata (§. VIII.).

Vedesi però nell' êra imperiale l' azione del Potere direttamente esercitarsi in alcune creazioni ipotecarie; ma ben altrimenti che sotto l' influenza di un concetto unico e ordinatore del sistema. Alle amministrazioni pupillari (§. IX.), alla istituzione dotale (§. X.), alla ragione del fisco (§. XI.), ai diritti di successione (§. XII.) si stanziarono nuove maniere di sicurezze; ma tutto ciò a spese del Credito fondiario, sgomentato dalla illimitata estensione delle ipoteche tacite e legali. Al che non fu meglio provveduto col privilegio dell' istrumento pubblico: che anzi ne venne ferito il vitale principio dell' ordine ipotecario (§. XIII.).

Digitized by Google

PARTE SECONDA

§. XV. — *Considerato il Pegno come concetto giuridico, fu compreso in tutta la sua estensione dalla romana giurisprudenza.*

§. XVI. — *Considerato il Pegno e la Ipoteca come Istituzione, e in ordine all' obbietto a cui deve tendere, fu del tutto imperfetto presso i romani il suo assetto giuridico come ulteriormente prova la materia o il soggetto passivo a cui il pegno e la ipoteca si estesero.*

§. XVII. — *Continuazione dell' argomento.*

§. XVIII. — *Continuazione dell' argomento. E conclusione.*

§. XIX. — *Ipoteca dei beni futuri. E della fecondità di questo principio erroneo.*

§. XX. — *Esame di quel principio* (§. XIX.) *in relazione all' altro che res aliena non si può sommettere a pegno o ipoteca.*

§. XXI. — *La ipoteca speciale non ebbe presso gli antichi quella importanza ed efficacia che ottiene nei moderni sistemi.*

§. XXII. — *Continuazione dell' argomento.*

§. XXIII. — *Del procedimento antico in ordine alle azioni pignoratizie e ipotecarie.*

§. XXIV. — *Dell' organismo dei tribunali durante la repubblica, e del cangiamento che venne a subire sotto l' Impero, assumendo una forma non molto diversa dall' attuale.*

§. XXV. — *Della vendita del Pegno per opera del creditore quando non fu espressamente stipulato questo diritto.*

§. XXVI. — *Della vendita del Pegno per opera del creditore quando la vendita era stata espressamente convenuta.*

§. XXVII. — *Della vendita del Pegno, nonostante il patto che non fosse permesso di venderlo.*

Digitized by Google

§. XXVIII. — *Dell' aggiudicazione (addictio pignoris).*
§. XXIX. — *Nozioni storiche del Pegno pretorio e del Pegno giudiziale.*
§. XXX. — *Continuazione dell' argomento.*
§. XXXI. — *Continuazione dell' argomento e conclusione.*
§. XXXII. — *Dell' azione ipotecaria, o quasi Serviana, e dell' Interdetto Salviano. Delle rassomiglianze e differenze loro; e della confusione che l' adozione di questo secondo rimedio recava nel campo della esecuzione.*
§. XXXIII. — *Continuazione dell' argomento.*
§. XXXIV. — *Del concorso dei creditori secondo il sistema antico.*
§. XXXV. — *Continuazione dell' argomento.*
§. XXXVI. — *Riepilogo della Seconda Parte del Discorso preliminare.*

§. XV.

Considerato il Pegno come concetto giuridico, fu compreso in tutta la sua estensione dalla romana giurisprudenza.

1. La natura del pegno fu profondamente nota agli antichi. Ci sono delle istituzioni di un' applicazione meramente relativa, non possibili a concepirsi, se non a una data situazione dello stato sociale. Neppure agli entusiasti del diritto romano (del qual vizio non può farsi rimprovero agli italiani) sarebbe lecito sostenere, che ogni progresso si contenesse in quella legislazione, come anticipazione dell' avvenire di tutti i popoli. All' immortale onor suo basta bene il dire, che tutti i rapporti di diritto vi sono stabiliti nei loro principî elementari, e nelle loro nozioni fondamentali; pur concedendo che lo sviluppo di quei principî, e le più larghe e feconde applicazioni loro siano da compiersi provvidenzialmente nella successione dei tempi (*a*). La prerogativa d' universalità, che appartiene al diritto romano, si manifesta essenzialmente nell' ordinamento delle istituzioni primarie fondate *sul gius delle genti*. Tal è l' antichissimo

(*a*) Vico. Scienza nuova.

Digitized by Google

jus pignoris (*a*). Anzi tali sono in genere li *jura in re*, che quantunque possano ricevere particolari attitudini dalle varie manifestazioni del jus civile, ripetono però gl' impliciti loro motivi d' esistenza, e le loro nozioni essenziali, da un ordine superiore di diritti.

2. E qui propongo una distinzione notabilissima. I romani potevano avere approfondìta la natura del pegno, nel suo generico attributo di jus in re, senza avere per questo elevata la *istituzione* a un grado di sicurezza e di forza da renderla capace di tutte le esigenze dei bisogni sociali, che dopo molti secoli avrebbe fatto nascere uno smisurato progresso di civiltà economica. È ciò che intendo rilevare in questo e in alcuno dei paragrafi seguenti.

Assai estesa è la ragione dei jura in re, che abbracciavano eziandio le azioni pregiudiciali dirette a determinare jura status (*b*). Büchel divide i diritti reali in più classi: proprietà, servitù, emfiteusi, superficie, pegno; ma giustamente restringendoli a quelli che abbiamo super re aliena, n' esclude indi la prima (*c*). « Tutti » questi diritti, dice Büchel, hanno ciò di comune, ch' essi presup- » pongono una cosa altrui, e anzi una cosa corporea, e che que- » gli che li possiede ha colla cosa un rapporto giuridico, imme- » diato e indipendente dalla proprietà della cosa stessa; di guisa

---

(*a*) Come la vendita, la permuta, la locazione, l' usura del traffico. *L. deportato. 15. D. de interdict. et relegat.* contratti che non sono proprî a verun popolo, ma a tutti necessarî.

(*b*) Inst. de act. §. 13.

(*c*) La bella monografia di Büchel, *dei diritti in re e del loro pignoramento* è stata tradotta dal signor Dott. Giorgio Pizzoli figlio del nostro Avv. Andrea di Bologna, giureconsulto di molta fama. Lode generalmente a tutti quegli egregi o italiani o francesi che si compiacciono di metterci a parte di quei tesori che la Germania giuridica offre continuo agli studiosi del diritto. Senzachè agl' ignoranti delle lingue tedesche, fra i quali io sono purtroppo, sarebbero eternamente chiusi. In particolare io non ho elogio che basti a un giovine che occupa i più begli anni della vita in tali discipline; che scrive nel proprio idioma con tanta venustà e purezza traslatando da una lingua difficilissima; che mostra di comprendere sì altamente le astruse materie di cui tratta l' autore; che è adorno di tante doti d' animo e d' intelletto: io dirò solo: fortunato quel padre che può vantarsi di un tale figliuolo.

Digitized by Google

» che tutti questi diritti si presentano come limitazioni della pro-
» prietà. Se non che, quanto al pegno, si osserva ch' esso non pre-
» suppone necessariamente una cosa corporea, come gli altri di-
» ritti reali, ma ancora una cosa incorporea, *cioè può* essere co-
» stituito sopra le servitù e le obbligazioni ». Le sottili analisi che i tedeschi sono venuti istituendo, come Mekeldey, Puchta, Thibaut, Wening-Ingenheim, e tanti altri sulla natura dei diritti reali, e i gravi studì che vi hanno spesi, non già per iscoprire nuovi rapporti di diritto, sconosciuti agli antichi, ma per determinar quelli che nella romana legislazione erano contenuti, sono argomento sicuro che ivi il concetto esisteva in tutta la sua profondità, nè fu d' uopo ai moderni il pensarlo. Fra codeste analitiche ricerche sulla natura di diritti già creati e preesistenti, benchè non apprezzati forse scientificamente in ogni sua parte dalla perspicacia dei giuristi, havvi quella tanto illustrata dai tedeschi fra le differenze della servitù cogli altri diritti reali, quasichè questa seconda contenga facoltà *distinte dalla intellettuale estensione della proprietà* (*a*); un *jus in corpore* e una *vera diminutio dominii*, a differenza dei diritti reali i cui rapporti colla proprietà sono di una natura più estrinseca: la quale considerazione io credo verissima, onde mi unisco senza esitanza alla opinione del Du Roi e di Büchel. Ma dovendosi quest' argomento riassumere altrove, quando si tratterà di definire la nozione giuridica del pegno, qui basti dare un saggio che i nuovi studì presuppongono nel diritto romano la ragione dei principî, benchè le nozioni che vi sono contenute non abbiano ancora finito di rivelarsi alla curiosità della scienza. In altri termini, si tratta nei moderni studì tedeschi di ricostruire o perfezionare la scienza; la quale consiste nella cognizione più chiara e perfetta di verità anteriori.

(*a*) Guyet Tratt. Büchel sulla Natura del Diritto di Pegno Tratt.

Digitized by Google

§. XVI.

Considerato il Pegno e la Ipoteca come Istituzione, e in ordine all' obbietto a cui deve tendere, fu del tutto imperfetto presso i romani il suo assetto giuridico come ulteriormente prova la materia o il soggetto passivo a cui il pegno e la ipoteca si estesero.

1. Se la ipoteca generale, che oggidì non ha efficacia che sugl' immobili, è così grave e imbarazzante come tutti riconoscono, non ci vuol molto a persuadersi che sistema fosse quello, e quali conseguenze dovesse produrre nell' ordine economico e sociale, diffuso com' era sopra ogni maniera di proprietà anco mobiliare e incorporea. Certamente, se la proprietà si consideri come la unificazione della cosa e della persona (*a*); e la proprietà stessa, in quanto è trasmissibile, quasi una emanazione personale (*b*), ne discende che dovesse sembrare assai natural cosa il transito dalla obbligazione della persona a tutte le sue attinenze reali. Anzi doveva credersi, e fu in effetto, un vero miglioramento di quelle condizioni sociali. La idea, che la persona (corpus) dovesse soddisfare le obbligazioni, fu la prima che si presentò; ebbe gli onori legislativi nelle XII tavole, e per lungo tempo si mantenne in quella pratica feroce, di cui un gran giureconsulto ci ha rinnovata la memoria in un libro pieno d' interesse (*c*). Quando fu sostituita la *realità* alla persona, quando si potè dire, che colla vendita della persona, colla schiavitù, colla lacerazione delle membra e colla

---

(*a*) Rosmini *Filosofia del Diritto*. Tom. I. p. 455. Ed. Mil.

(*b*) Così si reputa congiunta, e come intrinsecata nella persona la proprietà mobiliare; è a questo principio che si attiene la teoria di diritto pubblico, che *i mobili seguono la persona*, onde colui che testa in paese straniero non è obbligato a uniformare le sue disposizioni alle leggi locali, se non rispetto agl' immobili. *Vattel. Diritto delle genti*. Tom. II. §. III.

(*c*) Troplong. dell' arresto personale. Prefazione.

Digitized by Google

morte non si pagavano più i debiti, ma coi beni e colle proprietà, la civiltà aveva già fatto un immenso progresso. Gli Obsides, coloro cioè che mallevavano colla persona, non erano *che una forma di pegno* (*a*): in seguito i fedejussori furono colla roba, quello che gli *Obsides* erano colla persona (*b*). I *nexi* e gli *addicti* tenevano certamente a quest' ordine di obbligati. Supplendo la realità alla persona, è naturale che nel primo concetto non avesse limiti: che cioè ogni e qualunque sostanza del debitore fosse suscettibile di pegno, e con tal vincolo potesse obbligarsi.

2. Chi mi seguita pazientemente nel processo di queste idee, ben ravvisa che il tema legislativo non poteva elevarsi a un tratto sino a concepire una istituzione sistemata in un bene inteso interesse economico e sociale, bastando che i costumi, come si venivano sciogliendo dall' antica barbarie con lenti e successivi svolgimenti, preludiassero l' incivilimento. Restringere la Ipoteca sugl'immobili, per quel gran numero di motivi che ai nostri tempi si sono trovati, è una asserzione economica, lo abbiam detto ancora, propria di una civiltà molto più avanzata. È un fatto che omnis res veniva nel pegno e nella ipoteca (*c*). Con ogni sorta di mobili, i nomi dei debitori, ossia i crediti e le azioni di credito e i diritti incorporali (*d*).

3. *Nomina debitorum.* Dicono in sostanza quei testi, essere in facoltà del proprietario di dare in pegno la universalità dei propri crediti e azioni; ma la giurisprudenza (intendo sempre con questa espressione la parte dottrinale del diritto, inerente però allo spirito del diritto romano) aggiunse *che l' obbligazione dei beni*, simpliciter annunciata, inchiudeva la universalità di detti crediti e

---

(*a*) Balduin. de pign. c. 2. Cicerone parla frequentemente di questi Obsides—judicati come *pegno* della persona, come di un costume non ancora sparito al suo tempo. Balduin. d.

(*b*) Qualche secolo dopo Cicerone, gli *Obsides* s' incontrano ancora, ma a quanto pare a servigio privilegiato del fisco. L. 31. D. de jure fisci.

(*c*) Hugo Donell. in pign. in princ. N. 3. Tale era la potenza della Serviana in materia di pegno propriamente. §. item Serviana Inst. de act.

(*d*) L. 4. C. quae res pign. oblig. poss. L. 8. C. de haered. vendit. L. 18. D. de pign. act. etc.

Digitized by Google

azioni (*a*). La qual dottrina, che non ebbe contraddittori, non era che una deduzione e un argomento di volontà, compresa sotto una espressione generale. E come, d'una in altra formula, il concetto guadagnasse continuamente d'estensione, si è visto trattando della camerale e guarentigiata (§. VIII.). Anche il denaro, sostanza di ogni altra più mobile e fuggitiva, compresa essendo nella formola dei beni (*b*), le azioni creditorie che hanno per obbietto di convertirsi in denaro, ci doveano esser comprese.

4. Sui crediti posseduti e presenti, non poteva cadere difficoltà; in ordine alle azioni *future*, la legislazione si esprimeva assai men chiaramente. Pare che qui Baldo si contraddicesse tenendo ora una opinione (*c*), e ora un'altra (*d*): questa seconda si appoggiava alla *L. haeredem* 14. *D. mandati* la quale nell'acquisto dell'eredità esclude i diritti futuri. Ma correva un principio di ragione ipotecaria, ritenuto solidissimo nella logica degl'interpreti: ed era che la ipoteca fosse di piccol pregiudizio (levioris praejudicii) (*e*): colla quale massima trovavano sempre buona risposta a coloro che miravano a restringere quelle invasioni della Ipoteca. Sfugge talvolta ai contemporanei il valore di certi principî, perchè passando avanti colla imperiosità, per così dir, dell'assioma, non sembra permesso di analizzarli. Ma noi educati a idee nuove intorno a codeste discipline, sentiamo che quel ditterio esprimeva, più chiaramente che non volesse, la causa del disordine. Era appunto dal tenere che l'ipoteca fosse levioris praejudicii, che si deve ripetere il rilasciamento della istituzione. La legge succitata poteva certamente illuminare i fautori della ipoteca dei beni futuri, se ne fossero stati capaci, spiegando agli occhi loro il principio luminoso che ogni acquisto, che non sia una pura speranza, deve avere una

---

(*a*) Thesaur. qu. for. 2. N. 1. Pacific. de Salv. interd. Insp. 3. c. 2. N. 195. Gait. de cred. c. 4. Qu. 7. N. 329. ec.

(*b*) L. 7. in fin. D. qui pot. in pign. L. si fundus 16. §. in vendicatione D. de pign.

(*c*) In L. hac edictali 6. C. de sec. nupt.

(*d*) In L. haeredem 3. C. de haered. act.

(*e*) Merlin. de pignor. L. 2. Tit. 2. q. 29. N. 21.

Digitized by Google

base costituita nel presente: seguendo il quale principio, non avrebbe potuto concepirsi una ipoteca esistente sopra beni che non esistono, e che potrebbero non mai esistere, futuri essendo non solo ma eziandio contingibili e incerti. Giusto rimprovero che i moderni fanno alla ipoteca generale, di non avere cioè nel dominio il fondamento logico della sua costituzione. Checchessia di queste idee che si possono dir nuove, perchè molti secoli furono necessarî a produrle, è certo che *nomina debitorum*, non ancora esistenti e futuri, vennero compresi nella ipoteca concepita con formule generali. Crediti e diritti, meramente condizionali ed incerti: tale difatti era la natura loro, non avendo nel presente veruna causa, almeno potenziale e remota, della loro esistenza.

§. XVII.

Continuazione dell' argomento.

1. Un felice risultato della esperienza, raccolta nei codici moderni, determina la suscettività ipotecaria a una sola categorìa di beni, gl' immobili, e ci lascia in qualche modo la mente confusa sulla concezione di una ipoteca estendibile a tutti i crediti presenti e venturi. Che organismo era quello? Già il comune sentire dei giurisperiti e la pratica aveva tolta di mezzo la *escussione* del debitore principale. I primi avevano scoperto che si poteva benissimo evitare la escussione del debitor principale, senza offendere la sensibilità, userò questa frase, del diritto scritto: perchè avevano potuto persuadersi in questo, che in fatto di *nomi di debitori* si dovesse stare col sistema antico; essendo la escussione un trovato del gius nuovo. *Authentic. si debitor C. de pignor.* Con questa disposizione l' Imperadore aveva provveduto alla indennità dei terzi possessori, oppignorati nelle cose corporee (pignoribus); ma di codesti diritti incorporali l' autentica non fece motto, e per conseguenza da questo lato, la legge anteriore non abrogò. Poteva dubitarsi, come il creditore del creditore avesse azione per colpire direttamente il costui debitore; ma anche questa difficoltà fu superata, col riflesso che, competendo al creditore del creditore l'azione utile personale, doveva reputarsi vestito di un mandato dello

Digitized by Google

stesso creditore diretto (*a*). Così aggiustati i conti colla scienza, la pratica trovavasi contenta di sequestrare senza molti giri il denaro in mano del debitore.

2. Riducevasi siffatto oppignoramento a un sequestro. Ma il sistema era così avviluppato di natura sua, che a semplificarlo non credo bastasse l'ingegno ordinatore dei legisti che vi si adoperarono.

Niuna più malagevol cosa quanto esperire l'azione ipotecaria sui nomi dei debitori, ossia sui crediti. L'esorbitanza stessa del diritto ne rendeva pressochè impossibile la esecuzione. Nessuno, si può dire, aveva cosa che fosse sua! Una formola notarile, sfuggita nell'espansione del clausulario, ti condannava a perpetuo interdetto: una mano nascosta nelle tenebre può uscire a ogni tratto per afferrare il denaro che sta per calare nella tua saccoccia, e rapirtelo. Tuttociò prima della scadenza del debito, e senza veruna proporzione immaginabile colla quantità di esso! Mille casi nascevano, anche mondi di frode, per cui l'esercizio dell'azione ipotecaria si trovasse praticamente contraddetto. Uno dei meno rari era la cessione che il debitore facesse del suo credito a un terzo. Se la cessione non avesse avuto il suo effetto col pagamento, la quistione restava semplice; il creditore ipotecario poteva dissiparne le conseguenze, e precettando il debitor principale a pagar lui, anzichè il cessionario, troncare la disputa (*b*). Ma se la cessione era stata consumata; se il debitor principale avesse già soddisfatto il debito in mano al terzo, la controversia s'inaspriva assai fra incertezze e dubbi senza fine. La teoria si risolveva così: se il terzo avesse in buona fede riscosso il denaro, e consumato, o mescolato lo avesse col proprio in modo che più non potesse discernersi, l'azione ipotecaria si estingueva. Questa teoria però andava intesa con una limitazione: quando cioè il cessionario non fosse successore del debitor principale ex causa lucrativa, e costui non si fosse reso insolvibile. Se però il cessionario che si fece pagare il debito

---

(*a*) Intorno a ciò vedi Faber de error. pragmat. Decad. 5. Error. 10.

(*b*) L. nomen 4. C. quae res pign. dari poss. et ibi Alex. Cons. 17. Lib. 1. e Cons. 15. Lib. 6.

Digitized by Google

era in mala fede, doveva tenersi la conclusione contraria. Della buona o mala fede decideva ordinatamente la *denuncia;* la quale però, per quanto pare, avrebbe dovuto estendersi al terzo acquisitore, che poteva ignorarla, e trovarsi in buona fede. Nasceva una quistione ulteriore sulla scienza o del debitore o del cessionario, o generica, o specifica, quando fosse mancata la denuncia ch' era consigliata come una semplice cautela, e non imposta da veruna legge positiva (*a*).

3. Un altro imbarazzo proveniva dal fatto della riscossione, che non rare volte si permetteva il creditore dopo la cessione. Non risoluta la quistione dal testo, provvedevano colla incontestabile autorità loro le annotazioni d' Accursio, *in L. final. de trans. V. ignorabat; e in L. cum emptore* 17. §. *doli except. de pact. V. doli except.* Concludevano in sostanza queste glosse che, concorrendo i requisiti della L. 3. C. de novat., inutilmente il cedente riscuoteva il debito, e transigeva col debitore. Erano questi i requisiti, o che la cessione fosse stata denunciata, o la lite fosse stata contestata, o parte del debito si fosse pagata. Dopo ciò entrava la quistione della *scienza* semplice del debitore, laddove per l' intervento di uno di quei tre fatti, stanziati nella legge, poteva dirsi autentica e giuridica. La quistione della scienza veniva illuminata dalla teorica di Giacomo d' Arena *in L.* 1. §. 1. *D. ad Trebell.* che distingueva fra la cessione fatta in comodo del cedente, e quella fatta in comodo del cessionario; nel primo caso si aveva per valido il pagamento, malgrado la scienza del debitore; nel secondo la sola scienza della cessione bastava a renderlo inefficace in pregiudizio del cessionario. La teoria applaudita da Cino (*b*), da Bartolo che ne fa grandi elogi (*c*), da Oldrado e dall' Imola fu generalmente adottata. Come la cessione versasse in comodo dell' una o dell' altra parte, o *gratia utriusque*, teoricamente si risolveva con

---

(*a*) Bart. et Salyc. in L. 1. e 2. D. de distr. pign. Surd. cons. 4. Alex. nei detti Consil. add. 104. Negus. de pign. p. 5. m. 4. N. 1. Merlin. de pign. Lib. 11. T. 1. Qu. 32.

(*b*) In L. 2. in fin. C. de novat.

(*c*) In d. l. si cum emptor V. Jacob. de Arena.

Digitized by Google

una parola: ma era il nodo onde ordinariamente si avviluppava la quistione del fatto. La denuncia doveva contenere l'esemplare del contratto e le prove; purchè non fosse precettiva per mandato di giudice. Colla stessa norma si regolava l'altra quistione, quando la confessione del cedente fosse, o no, per nuocere al cessionario.

4. Questa procedura, che in fondo è quella stessa che oggi si pratica, non presenta molte difficoltà nei casi di cessione particolare e diretta, fatta dal creditore al proprio debitore; ma a volervi subordinare l'esercizio dell'azione ipotecaria, che strana posizione di cose! Colui che ha una ipoteca generale sta sulle vedette, e spìa continuamente se per avventura il suo debitore abbia o acquisti qualche credito. Allora notifica al debitore del debitore il proprio diritto, o gl'interdice il pagamento. Chi porta il giogo di una ipoteca generale, anche per garanzia di minimo valore, trema di non poter fare un negozio che non gli sia attraversata la via da un creditore, senza credito esigibile, ma munito di una ipoteca generale. Giacchè, era conforme ai principî che allora correvano, la sola esistenza della ipoteca generale attribuire al creditore la podestà di un sequestro generale come le garanzie cui aveva diritto. Prima ancora che la ipoteca potesse esser messa in moto coll'esercizio dell'azione ipotecaria, era logico che il vincolo si conservasse, come oggidì si conserva l'ipoteca dell'immobile anche prima della scadenza del debito. E poichè tutto il patrimonio presente e futuro di un uomo in tali catene si teneva, era di ragionevol conseguenza che non si acquistasse un credito nuovo, e che un solo *nummus* non scendesse nell'arca, senza essere passato per questa specie di dogana che alla merce ponesse il suggello. Ma c'era di peggio. Codesti crediti, o denari (anch'essi vincolati alla ipoteca), sottratti alla circolazione, e sorpresi nel loro giro commerciale, avrebbero dovuto accumularsi in qualche luogo sicuro, come una specie di deposito a sicurezza del credito; giacchè lasciandoli uscire di gabbia, e tornare all'aria aperta, avrebbero di nuovo spiegato il volo, secondo la mobilità dell'indole loro; e il creditore ipotecario non avrebbe forse potuto arrestarli una seconda volta. Il che sembra appena credibile. Ond'è impossibile descrivere a parole lo strazio che un siffatto ordine di cose doveva portare in tutte le transazioni sociali.

Digitized by Google

§. XVIII.

Continuazione dell' argomento. E conclusione.

1. Non avendo io in animo di esporre per minuto la storia di quelle idee giuridiche ma solo di darne un saggio, quale conviene a una introduzione, mi passerò di altre difficoltà non poche che presentava il pignus seu hypoteca nominis, e di alcune altre materie dirò conchiudendo il capitolo.

Milizia.

Le quistioni ipotecarie che nascevano intorno al prezzo della milizia non erano delle meno curiose, secondo il sistema romano, e le tradizioni da quello derivate.

Ai bei tempi della repubblica non si conosceva milizia *venale*, suscettiva di pegno e ipoteca; tal è la testimonianza irrecusabile di Giustiniano in un passaggio della Novella 93. C. v. princ., forse non bene ancora avvertito. Quel testo è chiarissimo nello stabilire, che la milizia venale e ipotecabile, è una istituzione che appartiene all' Impero. A Giustiniano piacque eziandio porre sotto una certa luce politica quel fatto, onde non ne discapitasse l'onore della milizia e la dignità dello stato, osservando, che soltanto dalla munificenza del principe era emanata la indulgente concessione di potersi obbligare la milizia; mossi come furono gl' imperadori da un sentimento di commiserazione verso i defraudati creditori (*a*). Le prudenti restrizioni, che il legislatore impose a siffatto strano commercio, provano anche una volta come Giustiniano avesse il senso dei grandi miglioramenti legislativi; ma quasi sempre, in luogo di tesser nuovo, rappezzò, colla quale timidità, o soverchio rispetto dell' antico, tarpò lo slancio che si poteva promettere dell' incontrastabile suo genio. Più volte tornò su questo soggetto della milizia (*b*), nè mai osò levare radicalmente lo scandalo.

(*a*) Paulatim vero imperatores interpellantium creditorum miserantes haec praebebant; *cum utique omnis militia publica existeret, nullum quaestum omnino alium, quam ex imperiali munificientia, habens.*

(*b*) L. 27. C. de pign. Nov. 13. d. Nov. 53. de Nov. 97. c. 4. Nov. 124. c. 2.

Digitized by Google

C'eran dunque due sorta milizie: onorarie e venali (*a*). Quest'ultima era una specie di milizia di palazzo e d'ordine civile, tutta particolare all'organismo della corte imperiale che sarebbe inopportuno descrivere in ogni parte (*b*). *I magistri sacrorum scriniorum*, e degli altri *qui in sacris scriniis militant* (*c*), corpo privilegiatissimo e di molte lodi onorato dagl'imperatori, come quelli ch'erano iniziati nei più reconditi misteri dello Stato (*d*), erano chiamati a causa d'onore *militia literata* (*e*). Corpo *curocratico*, e più ancora che un consiglio aulico, una vera secreteria di Stato (*f*); con ordine e gerarchia (*g*), e regole di successione (*h*). Il corpo dei 26 adjutores quaestoris (*i*). Aveva organamento somigliante e legge ordinaria di successione, ed eredità vera (*l*). Milizia di palazzo imitata nel Regno di Francia, in cui pure l'ufficio era venale (*m*). Col quale non si posson confondere gli uffici alienabili e ipotecabili che furono in uso nella Corte Romana, eziandio con approvazione dei Sommi Pontefici, come il notariato.

Gli stipendi, e gli emolumenti di questa milizia togata, *salaria, annones civiles*, cadevano sotto pegno e ipoteca. Anche i *casus militiae* vi erano sottoposti (*n*). I successori negl'impieghi dovevano

---

(*a*) Cioè alienabili, quoad emolumenta, o profitti civili.

(*b*) Cod. eod. tit.

(*c*) C. 8. ib.

(*d*) Principis arcana comittuntur proximis sacrorum scriniorum Gothofr. — Ex scrinio *memoriae* 12. Ex scrinio epistolarum 7., ex scrinio libellorum 7. Ad Nov. 35. Gothofr.

(*e*) L. 8. ib.

(*f*) L. 16. Cod. Theodos. Duaren. Lib. 1. Disp. c. 3.

(*g*) Statuti—Supernumerarî. V. Taurellus lib. de milit. ex casu.

(*h*) L. 7. C. de proxim. sacr. Bart. ib.

(*i*) Costit. 126. Just.

(*l*) Nov. 35.

(*m*) Costituzione di Luigi XII. Cujac. in Tit. XIII. de pign. e XIV. Codice.

(*n*) Quando morivano i militi v. sotto.

Digitized by Google

rispondere una certa somma agli eredi del defunto ufficiale, come a conforto (solatium) della perdita che avevano patita (*a*). È propriamente del *casus militiae* che parla la Nov. 53. Cap. V. Coloro che avevano fornito denaro per l' acquisto della milizia, erano pure forniti di privilegio. L' imperadore provvedeva altresì alla condizione economica della famiglia del trapassato, regolando con savio riguardo i diritti dei creditori.

2. Cotale proprietà, modificata nei tempi posteriori (parlo specialmente degli Officî della Romana Curia) non fu mai autonoma presso i privati. Considerata *de regalibus*, era nel dominio eminente del principe, senza il cui placito non si poteva disporre (*b*). Perciò tutte le obbligazioni impostevi o imponibili, avevano implicita la condizione della licenza Sovrana. Salva questa condizione, erano considerati come patrimoniali (*c*), e cadevano sotto *la ipoteca generale*; s' imputavano nella legittima; si comunicavano fra conjugi nei paesi dov' era in vigore il regime della comunione. Si acquistavano anche a prezzo (*d*). Posta la quale giurisprudenza, il santissimo Principe nostro, affinchè la giustizia non fosse posposta al favore, soleva procedere rigorosamente contro i debitori in carica, e facilmente ammetteva le istanze dei creditori. Anche su questo campo venivano a combattere le ragioni di priorità, o privilegio, non senza sconvenienti rumori e con pochissimo vantaggio della morale pubblica; onde giustamente questo sistema venne abbandonato.

3. *Luoghi di Monte.*

L' azione ipotecaria che sui luoghi di monte (non vacabili o perpetui) si esercitava, non meno imbarazzante e fastidiosa in effetto, porgeva però minori occasioni di scandalo. Questo commercio era stato assai favorito in Roma dai Sommi Pontefici per una

(*a*) Cujac. ad L. ult. C. de pign. — V. d. Cujac. T. 1. 990. c. 1388. B. Edit. Neap.

(*b*) Rota apud Seraphin. late Decis. 1294.

(*c*) Bartol. in L. 1. in fin. D. de jurisd. omn. jud.

(*d*) Giurba ad consuetudin. C. 1. gloss. 2. N. 115.

Digitized by Google

vista di pubblica utilità (*a*). Si compravano come gli Ufficî, alle cui categorie per qualche rispetto appartenevano i Luoghi di monte, e tutti *venivano nella ipoteca generale* (*b*), sotto il governo di quei principî che regolavano l'antica milizia. Le specialità per altro eran tante che formavano una giurisprudenza da se: di che quanto patisse quella uniformità che è necessaria in un sistema di legislazione, non è da domandare.

4. E qui basti intorno al dire della confusione che avvolgeva il sistema ipotecario per la illimitata estensione, e per le eterogenee qualità della materia ipotecabile.

§. XIX.

Ipoteca dei beni futuri. E della fecondità di questo principio erroneo.

1. Per quale sviluppo logico, per quale scala di ragionamenti, dalla specialità tanto concreta del pegno manuale e presente, il concetto del legislatore ha potuto slanciarsi alle generalità ipotecarie, in cui non è base certa nè confine determinato, sino ad abbracciar tutto quello che vi ha di vago e d'incerto in un acquisto contingibile e futuro? In un'epoca inoltrata del diritto, lo incontriamo come un fatto esistente che, per l'approvazione dei sapienti, e per le adesioni dei tribunali, era già salito alla dignità di principio. Ornato, per così dire, dell'aureola della tradizione, appunto come un principio incontrastabile ci viene annunciato da Papiniano — *Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est. L. 1. D. de pign.* Giustiniano, accettando il fatto legislativo, che lo aveva preceduto di tanti secoli, non fece che agevolarne la pratica con una disposizione (*c*), che raccolta

---

(*a*) Ved. Rota in Rom. Notariat. 1620. cor. Reamb. decis. 576. cor. Seraph. — Decis. 650. cor. Cavaler.

(*b*) In relazione alla L. fin. C. de pign. Pacific. de Salvian. interdict. Insp. 3. C. 2. N. 655. e seqq.

(*c*) L. ult. C. quae res pign. oblig.

Digitized by Google

dai giuristi posteriori, venne, al solito, esagerata, e resa peggiore. Giustiniano, filosofando che la verità e la sostanza devono prevalere al suono e al material senso delle parole, diede una funesta espressione anche a quelle che nulla significavano, persuaso che la costituzione della ipoteca sui beni futuri fosse rinchiusa nella mente del debitore; che questa fosse a ogni modo la volontà sua benchè non espressa.

2. Dal lato economico e sociale (ossia nel rispetto del fine) una tale istituzione, imitata anche dai codici moderni, produsse quegli amari frutti che tutti sentiamo. Priva di conveniente indirizzo sociale, incompresa nelle sue funzioni economiche, la Ipoteca venne così generalizzata senza che i legislatori vi facessero avvertenza; impinguata dalle consuetudini, che non hanno nè principî nè storia, divenne obesa al modo con cui la vediamo; se ne chieggiamo ai giuristi dei secoli posteriori, essi ci diranno che *hypoteca est levioris praejudicii*, e quindi agevole il transito a una generalità che tutto abbraccia, il presente e il futuro (*a*). Pensare nella ipoteca generale un pregiudizio lieve, era proprio un non averci pensato; e davvero nè legislatori nè giureconsulti avvisarono alle complicazioni economiche che la ipoteca generale avrebbe prodotte. Ciò spiega la prodigalità con cui fu amministrata.

3. Un altro sconcio per inavvertenza del fine, fu l'avere avuto affatto in non cale qualsivoglia corrispondenza dimostrativa fra la realtà di diritto, che è il carattere della Ipoteca, e la realtà di fatto che è la materia ipotecata: impossibile a determinarsi a fronte di una ipoteca generale di beni presenti e futuri, che nel sistema romano, convien ricordarlo, si estendeva a tutte le attività economiche dell'obbligato nelle mille e indefinite sue forme. Il lavoro dei catasti si desidera ancora nella maggior parte dei nostri regni italiani: come fossero piantati in antico, e a che servissero, lo abbiamo con qualche estensione raccontato (§. XI.). Diremo nella Parte III. di questo discorso preliminare ciò che su questo soggetto determinarono i principali Municipî d'Italia, e quanto le pratiche ipotecarie si giovassero delle allibrazioni feudali: ora restiamo in

---

(*a*) Bart. ad L. fin. C. quae res pign. oblig. — Merlin. de pign. et hvp.

Digitized by Google

questo, che i catasti in uso presso i romani, e con indirizzo al tutto fiscale, non potevano equivalere *alla intavolazione*, come in qualche Stato si chiama oggi, delle proprietà terrene. La quale *intavolazione*, immaginata eziandio nella forma più perfetta, non avrebbe potuto soccorrere alla descrizione di tutte le attività, anche mobiliari e momentanee; com'è chiaro per ciascuno. Per tanto, o la ragione del Credito, o quella della Proprietà, doveva essere indubbiamente sagrificata in questo sistema. O il Credito in così vaga e indeterminata garanzia non trovava nè tranquillità nè appoggio; o la Proprietà, da qualunque parte sorgesse, trovava ammannita la catena che la tenesse legata all'altrui diritto; il quale nato in un attimo di tempo, e indeterminato nel suo valore, dominava il tempo e lo spazio, e perseguitava il debitore persino nelle aspirazioni della speranza.

§. XX.

Esame di quel principio (§. XIX.) *in relazione all'altro che* res aliena *non si può sommettere a pegno o ipoteca.*

1. Se il diritto di proprietà deve necessariamente precedere quello del pegno o ipoteca che è una modificazione delle facoltà al diritto di proprietà inerenti (*a*), è palese che non si può oppignorare quello che non si ha in proprietà e dominio (*b*). La inabilità di dare in pegno o ipoteca le cose altrui, proclamata in tante leggi (*c*) non è che una conseguenza di quel principio fondamentale della disponibilità giuridica (*d*). Gl'imperadori ne fecero omaggio

---

(*a*) Di questi principî generali sarà trattato con proposito a suo luogo nel corso dell'opera; intendo che questi cenni non siano ricevuti come definizioni rigorose.

(*b*) Anche condizionato, anche risolubile; e non solo il diritto di proprietà, ma altresì la proprietà di un diritto nei casi e nelle specie che osserveremo a suo luogo.

(*c*) LL. 2. e 6. C. si aliena res pign. L. 6. C. quae res pigner. oblig.

(*d*) L. nemo D. de reg. jur.

Digitized by Google

al buon pretore che inventò la Serviana (*a*). Se non possiamo obbligare ciò che non *est in bonis obligantis*, si domanda come possa conciliarsi l'altro principio, che Papiniano ha per indubitato (*b*), della giuridica obbligazione dei beni futuri? Forse i beni futuri sono nostri? O non sono in dominio altrui, appunto perchè futuri?

2. In tutto ciò non ha contraddizione: un solo principio regola codeste dottrine apparentemente discordi. Noi obblighiamo i beni futuri, non in quanto sono d'altrui, ma in quanto saranno o potranno diventar nostri. Vale dire, alla condizione che siano per appartenerci. In questa guisa noi obblighiamo sub conditione i nostri stessi beni (*c*). Difatti la obbligazione comincia a diventar efficace producendo la ipoteca, dal momento che questi beni in spe cominciano ad appartenerci. Questo stesso che sosteniamo rapporto alla ipoteca dei beni futuri, si applica esattamente alla ipoteca *rei alienae:* tali sono i punti di contatto di queste teorie. È incivile dare in pegno *la cosa altrui*, considerata come tale; ma lecito è alla condizione, o manifesta, o presupposta, che il proprietario acconsenta, o diventi nostra. Il Credito stesso della cui potenza tanto si romoreggia nel mondo, non è che la speranza più o meno fondata, che altri non ci fallisca la fede. Ed ecco un pegno fondato nella speranza (*d*). Giacchè noi supponiamo che la cosa non appartenga al pignorante con nessun vincolo, con qualsivoglia leggiera e debol radice di diritto *(ex causa de futuro):* eppure, comecchè per verun rapporto giuridico, la cosa si leghi, nell'atto dell'impegno all'impegnante, la obbligazione sussiste. È massima fuor di quistione che la cosa altrui si può ipotecare con quella

---

(*a*) Cum Serviana etiam actio declarat evidenter, jure pignoris teneri non posse, nisi *quae obligantis in bonis fuerunt.* Diocl. e Massim. d. L. 6. C. si aliena res.

(*b*) §. preced. N. 1.

(*c*) Acutamente il Donell. Tract. de pign. et hyp. Cap. 7. N. 3.

(*d*) Colla L. 5. C. quae res pign. può tenersi francamente questo oppignoramento delle speranze. Le speranze, non impegnabili, sono ivi eccettuate. I premî dei certami sacri, le *annonae*, *pensitationes*, le atletiche corone, gli stipendî *armatorum militum;* messi in qualche modo sotto l'egida di un rispetto religioso. Gothofr.

Digitized by Google

condizione, o espressa o implicita, onde se la cosa comincia a diventar nostra, compete al creditore l'azione ipotecaria (*a*). Vero è che una tale azione si volle appellare *equitativa L. 5. sudd.* ad escludere la *diretta* che nasce dalla immediata contrattazione col debitore: ma ciò nulla importa quanto all'effetto. La diversa natura dell'azione, concerne l'esigenza della forma civile, propria della legislazione romana che aveva adottata quella nomenclatura e quel sistema di procedimento. A ogni modo *se utilis persecutio ad exemplum pignoratiae datur*, era mestieri riconoscere una validità iniziale nell'atto per non urtare coll'altra dignità di diritto — che *quod nullum est tractu temporis convalescere non potest.* L. quod ab init. D. de reg. jur. (*b*). Questa validità iniziale non può scaturire che dalla validità della obbligazione personale, che ottiene il suo effetto quando *res in eam causam rediit a qua incipere poterat.*

3. Ma il creditore non veniva soccorso da quest'azione se non quando fosse stato ingannato dal debitore; quando cioè egli avesse ignorato che la cosa, da costui oppignorata come propria, ad altri appartenesse (*c*). Se avesse saputo che la cosa era di un terzo, in tal caso — la *res aliena* — sarebbe stato l'obbietto immediato della contrattazione, giacchè amendue le parti sarebbero concorse in questo volere in onta alla legge che proibiva e dichiarava inutile l'oppignoramento della cosa altrui. All'incontro, ignorando il creditore che la cosa fosse di un terzo, egli prestava il suo consenso al contratto di pegno, non in quanto la cosa fosse del terzo, ma del debitore. E il debitore dal canto suo, dando in pegno la cosa altrui, annunciata come propria, si obbligava validamente a prestargli un pegno; e tacitamente conveniva che acquistando egli, quando che fosse, la cosa che in quel momento non era sua,

---

(*a*) L. cum res 5. C. quae res pign. oblig.

(*b*) Il pegno si convalida per qualunque azione si accordi — diretta od utile — quaecumque actio in rem debetur, quanvis utilis, pignus directo convalescet.

(*c*) L. 1. D. de pign. et hyp. L. 41. in fin. D. de pign. act. — che si desume da quelle parole — *ut ex suo mendacio arguetur* — Donell. ibi. L. 5. C. quae res pignor.

Digitized by Google

l'avrebbe data in pegno. Ossia obbligandola espressamente come sua quando tale non era, l'obbligava sotto condizione quando tale fosse divenuta (ved. N. 1. di questo §.) (*a*).

4. Vediamo dunque che nel giro del diritto privato (giacchè in sì ristretto orizzonte versavano quelle teorie tanto ingegnose e sottili) la teorica della ipoteca dei beni altrui era giustificata. In due modi pertanto la ipoteca promessa poteva divenire efficace, ed afferrare con effetto la proprietà. Se il debitore ex post divenisse proprietario dei fondi specialmente o generalmente obbligati (*b*); o se il proprietario stesso venisse ratificando la obbligazione del pegno (*c*). Come però queste due posizioni di diritto sono diverse, così diverse devono essere le conseguenze. Nel primo caso non può logicamente concepirsi la retroazione del pegno, benchè abbiamo dovuto ammettere una obbligazione iniziale *N.* 2. *di questo* §., senzachè nessuna efficacia giuridica avrebbe potuto scaturirne. Talvolta un jus superventum, derivato da una causa estrinseca alla obbligazione stessa, non poteva operare che nell'atto del suo nascimento: quindi è che la ipoteca, originalmente costituita sopra beni futuri, o super re aliena, non si attua che nel momento in cui si verifica l'adquisitio; come sarà trattato nei luoghi opportuni. Per contrario la ratifica del proprietario, che è il secondo caso, trasporta la efficacia della ipoteca al giorno della obbligazione. *L.* 16. §. 1. *D. de pignor.* (*d*).

5. Queste idee, a ben guardare, appartengono alla storia della scienza, anzichè a quella della legislazione. Gli stessi giureconsulti, fra' quali primeggia Papiniano, insegnarono il nesso logico che sembrava riunire delle disposizioni comparse in tempi assai distanti, senza nesso di tradizioni conosciute. Del resto fu singolare

---

(*a*) Non parliamo del caso che il debitore avesse un qualche diritto sulla cosa, secondo ciò che è preveduto dalla glossa alla L. 1. in princ. D. pignor. et hyp. Negusant. de pign. p. 2. m. 3. N. 5. 10. un quasi dominium. L. 1. D. de public. L. 18. D. pignor. nel quale non si tratterebbe di *res prorsus aliena:* del che a suo luogo.

(*b*) L. 15. §. 1. de pignor.

(*c*) L. si fundus 16. §. 1. eod. et ibi Gloss. et Bart.

(*d*) Senza pregiudizio però dei creditori ipotecarî intermedî.

Digitized by Google

avvertenza del Donello, che lo stesso discorso di Papiniano parve incerto, e quasi oscitante (*a*), come quello che rivelava una consuetudine invalsa, in luogo di appoggiarsi francamente in una disposizione di legge; e accusava in qualche modo le difficoltà da cui era circondato.

§. XXI.

La Ipoteca speciale non ebbe presso gli antichi quella importanza ed efficacia che ottiene nei moderni sistemi.

1. Anche presso gli antichi la Ipoteca speciale, nello spirito degl' istitutori, godeva di un favore e di una predilezione particolare, sopra la generale. Pareva che, con una certa forza d' *intensione*, si volesse compensare quella di *estensione* ch' era propria della seconda. Papiniano, che nell' esordio della L. 1. D. de pignor. offerse in pochi tratti la teoria della generalità e della specialità (§. XIX. N. 1.), con quella sua mirabile precisione espresse quel carattere vigoroso della ipoteca speciale, che consiste nella presenza e attualità del dominio della cosa ipotecata presso il debitore. Onde soleva dirsi, che la ipoteca speciale plus afficiebat rem che la generale (*b*), e la colpiva di maggior forza. Uno dei vantaggi della specialità era questo, importando la ipoteca speciale la confessione del dominio della cosa a quel vincolo assoggettata, non era lecito al debitore il revocarla o negarla; onde l' azione del creditore che aveva l' ipoteca speciale, si faceva più spedita da quella che muoveva semplicemente dalla generale, benchè illimitata. Perciò furono soliti i prammatici dire, che il debitore non poteva *refricare quaestionem dominii*, quando si trattava d' ipoteca speciale: non poteva cioè il debitore eccepire al creditore ipotecario che la cosa che veniva perseguitando non era propria di esso debitore,

---

(*a*) . . . Sic enim jurisconsulti solent, cum de re non aeque adeo explorata et certa sententiam suam exprimere volunt . . . . Hugo — Don. de pign. cap. 7.

(*b*) Gloss. in Auth. de non alienan. §. nos igitur.

Digitized by Google

ma di terzi: eccezione che in ordine alla ipoteca generale null'aveva di sconveniente; ma in faccia alla ipoteca speciale compariva turpe e vergognosa, come quella che oppugnava il fatto della propria confessione (*a*).

2. Che la ipoteca speciale si apprendesse con maggior forza e vigoria alla cosa che n'era il materiale subbietto, si sperimentava non di rado nella pratica dei negozî; il patto verbigrazia *de non alienando* non era sufficientemente protetto dalla ipoteca generale, ma per virtù della ipoteca speciale diveniva valido e operativo (*b*); la donazione del marito alla moglie, che dalla morte di lui aspettava la conferma, non si teneva revocata se il marito avesse costituito una ipoteca generale, ma la speciale obbligazione del fondo faceva evidente nel donatore la volontà contraria (*c*). Questi, se si vuole, nelle rispettive posizioni, erano vantaggi della specialità.

3. Ma, nell'esercizio, scapitava il possessore della ipoteca speciale, per quel dovere che gl'incombeva di escutere i beni colpiti dalla sua ipoteca, e rimasti presso il debitore, prima di molestare i beni soggetti alla ipoteca generale, considerata come sussidiaria (*d*). Questo temperamento dell'originario diritto ipotecario, fondato sul principio della solidarietà assoluta (*e*), fu opera degl'imperadori, e cade nel secondo secolo. Con ciò il procedimento della ipoteca speciale risentì un certo imbarazzo, che richiamò l'attenzione dei

---

(*a*) Negusant. de pignor. et hyp. P. 1. M. 1. pars. 2. princip. N. 2.

(*b*) Teoria tratta dalla L. si creditor D. de distract. pignor. — ibi Bart. e Bald. — Imola e lo stesso Bartolo alla L. si ita quis §. ea lege D. de verb. oblig.

(*c*) L. 3. C. de legat. L. 32. §. 6. D. de donat. inter mar. et ux. Com. di Bartolo alla L. si rem legatam D. de adim vel transf. leg. Negusant. de pignor.

(*d*) L. 2. C. de pign. et hyp. L. 9. C. de distract. pign. Nov. 4. C. 2.

(*e*) Quamvis constat specialiter quaedam, et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse, *et aequale jus in omnibus habere....* L. 2. d. Lodevolissimo fu lo spirito di quella riforma dell'Imperad. Gordiano a vantaggio dei debitori del fisco. L. 1. Cod. de conven. fisci debit. Il giureconsulto Paolo ne riconobbe la umanità e la giustizia nel L. 1. dei Decreti. L. 47. D. de jure fisci.

Digitized by Google

prammatici i quali col pronto accorgimento che li distingue, idearono il rimedio di una clausula o cautela, che divenne merce di formulario; la quale cautela era in questa forma — *che la specialità non dovesse derogare alla generalità, o viceversa.* — Ripetuta frequentemente negli atti de' Notaj, venne abbandonata al comparire dei moderni sistemi. L'ottimo Domat loda codesta usanza, che, secondo lui « rimise i creditori *nel loro diritto naturale* di esercitare indistintamente la loro ipoteca sopra tutti i beni che vi sono soggetti, senza che siano obbligati alla discussione della ipoteca speciale, quand' anche quella clausula non fosse stata espressa (*a*) ». Forse il parere di Domat sul diritto *naturale* dei creditori, non troverà molti partigiani fra i cultori della scienza; mostra però l' esempio, come sentissero in ragione ipotecaria anche gli uomini più illuminati che avevano largamente attinto alle fonti del diritto romano.

§. XXII.

Continuazione dell' argomento.

1. Nel nostro modo di vedere attuale, la ipoteca speciale è una formola felice atta a conciliare l' interesse della proprietà con quello del Credito; e al postutto, l' interesse generale coll' azione regolata dai diritti dei singoli. L' antichità non ha mai presa di mira questa obbiettiva. La specialità era un modo di obbligazione, come un altro; l' obbietto materiale era meglio determinato, non può negarsi, e più energico il *vinculum juris super re:* ma per difetto della pubblicità, come bene osservò Grenier nel discorso preliminare, non si ottenevano i vantaggi inerenti a una tale istituzione.

2. Nel rapporto dell' ordine pubblico la Ipoteca produceva quei tristi effetti che abbiamo segnalati, di comprimere cioè il commercio, di sgomentare gli acquisti, di rendere incerte le proprietà, e tutto questo senza assicurare il privato interesse. Una delle conseguenze meno avvertite, e forse la più caratteristica, se si guardi

---

(*a*) Le leggi civili Lib. III. T. 1. Sez. III. N. 6. Nota ibi V. anche Basnage Trattato delle Ipoteche Cap. V.

Digitized by Google

l'assetto della società di quel tempo, era la pressione che la Ipoteca esercitava sull'affrancamento degli schiavi. Gli schiavi, considerati come cose, venivano anch'essi nella ipoteca. Manomettere lo schiavo, e recarlo in libertà, era alienarlo; e diminuire le garanzie del creditore (*a*). E con ciò la Ipoteca, cosa incredibile ma vera, in luogo di adempiere un ministero sociale di fiducia, di credito, di prosperità pubblica, si faceva ausiliaria innocente di detestata barbarie! Era quindi necessario il consenso del creditore ipotecario per legittimare la manumissione del servo (*b*). Il solo soddisfacimento del credito (*c*) toglieva dal collo di quella classe infelice questa specie di *canga* che la legalità ipotecaria sapeva mantenere, malgrado il volere del padrone, e le proteste della umanità. Intorno al quale argomento si vide un fenomeno singolarissimo; che noi potremmo segnalare col nome di tirannide della ipoteca speciale. Giacchè la stessa illimitata estensione della ipoteca generale mosse gl'Imperadori Severo e Antonino a frenarla, facendo legge che tale ipoteca non fosse di ostacolo alla manumissione dei servi (*d*). E questo, bisogna convenirne, fu un passo gigantesco verso la civiltà in una nazione ancora ribelle alla santa legge d'uguaglianza predicata dal Redentore. Ma più volte abbiam dovuto osservare, che quella legislazione, formata a strati e per sovrapposizioni, non era abile a radicali e decisive riforme. Fu offesa la legalità colla sottrazione della classe schiava dall'influsso della ipoteca generale; fu offesa la umanità conservando questa funesta virtù alla ipoteca speciale. Le leggi sopracitate, che parlano della necessità del consenso del creditore ipotecario ad autorizzare la liberazione dello schiavo (*e*), hanno relazione appunto alla ipoteca speciale. Senza ciò, questa forma impediva l'affrancamento (*f*).

(*a*) L. 4. D. de manumiss.

(*b*) L. 4. C. de servo pign. dato manumiss. L. 27. D. qui et a quibus manumiss.

(*c*) L. 5. Cod. eod. tit.

(*d*) L. 3. Cod. eod.

(*e*) Nota (*b*) sopra.

(*f*) L. 4. Cod. de servi pign. dat. monum.

Digitized by Google

§. XXIII.

Del procedimento antico in ordine alle azioni pignoratizie e ipotecarie.

Dalle quali considerazioni risulta come fosse in antico traviata la istituzione ipotecaria, che aspirando per così dire al dominio universale, imbarazzando la proprietà, distruggeva il Credito: e sotto questo rispetto la distanza che passa fra l'antico e nuovo costume è immensa. Quando però si discende all'esame *dei mezzi giuridici* che il Diritto romano proponeva per realizzare la cautela pignoratizia e produrre il soddisfacimento, noi troviamo, è vero, delle differenze fra i procedimenti moderni e quello che era in uso presso i romani, ma è più un rivolgimento d'idee, che una lotta di principi. Noi abbiamo migliorato quel sistema, come una conseguenza della pubblicità ipotecaria che abbiamo adottata, colla quale in certo modo è divenuto incompatibile; è un miglioramento non una novità. Stimiamo ad ogni modo non estraneo al soggetto di questi prolegomeni il farne alcun cenno, come a completare il racconto della parte antica della istituzione, di quella parte cioè che non è più per comparire se non forse a brevi tratti, nel corso dell'opera.

§. XXIV.

Dell'organismo dei tribunali, durante la repubblica e del cangiamento che venne a subire sotto l'Impero, assumendo una forma non molto diversa dall'attuale.

1. L'assetto giudiziario nella primitiva èra repubblicana si complicava troppo coll'organismo politico, e coi costumi eccezionali della nazione, per avere qualcosa di comune colle istituzioni dei tempi moderni. Le nostre forme giudiziarie sono più presto fondate nel *jus gentium*, che in un esclusivo *jus civile*; concorrendo si può dire tutte le nazionalità a formarle. E tra i benefizi più segnalati della civiltà, deve certamente annoverarsi quello di porre in armonia,

Digitized by Google

e quasi sotto la salvaguardia di un reciproco rispetto, le istituzioni d'ordine pubblico, riunite dal comun vincolo della giustizia universale. All'incontro presso i romani il *jus civile* (forma esclusiva e propria di una sola nazione) precorse il *jus gentium* (*a*); introdotto più tardi coll'accrescimento del territorio e delle relazioni cogli stranieri. Difatti fu duopo stabilire in Roma un Pretore speciale (*b*), che presiedesse agli affari che affluivano di fuori in proporzione della crescente grandezza della repubblica. Pei libri di Cajo *Lib. IV.* §. 104. viene in chiara luce, che non una ma due sentenze, si pronunciavano sopra ciascuna quistione, l'una sull'articolo di diritto, l'altra sul fatto; la prima delle quali, ch'era ufficio del magistrato, poteva appellarsi condizionale, in quanto dipendeva dal giudice del fatto (judex) il decider definitivamente qualora avesse trovata applicabile la decisione di diritto. Era una specie *di giurì* con sistema inverso; essendo questo judex tratto dalla classe dei privati. Questo è *l'ordo judiciorum privatorum* (*c*) magistrato proprio della uguaglianza repubblicana, in cui ciascuno dovrebb'esser tutto; ma quelli che non sanno, dovranno sempre dipendere da quelli che sanno, malgrado ogni livellazione politica. Per antitesi, si dicevano *extra ordinem* quei giudizî in cui il magistrato definiva da sè la pendenza.

2. Ulpiano lasciò scritto un libro *de omnibus Tribunalibus*, ed è tratto dal Lib. VIII. il frammento che forma la L. 1. Dig. *de extraordinariis cognitionibus*. Erano i giudizî definitivi che il magistrato poteva rendere d'autorità sua, senza l'intervento del *judex*. Per

---

(*a*) Savigny Storia del Diritto Rom. del medio evo. Capit. I. T. 1.

(*b*) Nella prima età tutti i magistrati superiori si chiamavano Pretori. Varrone de lingua lat. Lib. 4. ma nel tempo di cui parlo, il titolo apparteneva esclusivamente ai magistrati giudiziarî. Non parmi bene accertata nella storia l'epoca della istituzione pretoria, che senza dubbio venne preceduta da quella dei consoli che dopo la caduta dei Re assorbirono tutti i poteri d'esecuzione.

(*c*) Savigny Oper. detta Cap. II. Non bisogna confondere quest'*ordo judiciorum* che concerneva il sistema organico, con quello di cui si tratta nel Tit. VIII. del Lib. III. del Codice Giustinianeo.

Digitized by Google

una riverenza singolare all'esercizio delle nobili arti e delle professioni liberali, il Vicario, (Praeses provinciae) ebbe la facoltà di giudicare extra ordinem; facoltà che non si estendeva alle arti men nobili. Ma al tempo di Giustiniano, come ci assicura egli stesso (*a*), ogni giudizio si trattava *extra ordinem*. Una immagine delle nostre Corti di giustizia e dei nostri tribunali collegiali si ha nella *Curia;* e nel *concistorium* o *auditorium:* consiglio di cui si circondavano gl'imperadori per risolvere gli affari, e specialmente le cause portate avanti loro in ultimo grado (*b*). Non parlerò dei *duumviri* e delle magistrature di provincia, nè delle forme giudiziarie dei tempi posteriori: ciò mi allontanerebbe troppo dal mio soggetto. Da tutto l'insieme di questa parte confusa della storia, illustrata dai moderni tedeschi, si raccoglie che l'organismo dei tribunali non variava molto dal nostro: ma restò una differenza grave nel fondo, per così dire, della istituzione, che non potè esser tolta nei paesi governati secondo il diritto comune, se non quando la codificazione venne a sostituire l'ammasso delle pratiche, accumulate in disordine nel lungo corso degli anni, per le variazioni che vi erano occorse, ma senza perdere il carattere e la impronta del loro tipo antichissimo.

§. XXV.

Della vendita del Pegno per opera del creditore quando non fu espressamente stipulato questo diritto.

1. Il pegno sarebbe inutile se non si potesse distrarre per l'effetto del soddisfacimento, e giustamente alcuno ebbe per immorale un tal patto e contro l'ordine pubblico (*c*). Perciò, eziandio nel

---

(*a*) §. 8. Inst. de interdictis.

(*b*) Haubold. de concistorio Principum. Al tempo di Giustiniano ogni vicario aveva un assessore L. 2. §. 19. (de offic. praef. praetor. Afric.). Tutta quella costituzione è un documento assai prezioso per la storia dell'assetto giudiziario di quell'epoca.

(*c*) Donell. ad L. pen. C. de pact.

Digitized by Google

silenzio delle parti, si teneva tacitamente concessa la facoltà di vendere il pegno (*a*). La legge raccomandava al creditore di procedere con buona fede e senza inganni (*b*); che se risultasse avere il creditore agito con dolo, era tenuto ai danni ed interessi (*c*). Ed ove il terzo acquisitore fosse concorso nella frode, poteva il debitore spogliato offrire il prezzo pagato colle usure, e reluire il fondo (*d*). Il che mostra che a garantire la integrità delle vendite coattive, la legge molto deferiva alla moralità privata. Difatti, benchè alcune solennità fossero prescritte, il difetto di quelle non produceva nullità (*e*); e il terzo non era tenuto a risponderne, eccetto che non avesse partecipato alla fraude. Il grave difetto di quella procedura fu emendato dalle giurisprudenze statutarie e dal buon consiglio dei pratici: ora non vi ha codice che non riponga la incolumità delle vendite giudiziali sotto la difesa di forme imprescindibili.

2. Ma il creditore doveva denunciare al debitore (*f*) la sua determinazione di vender il pegno, affinchè, volendo, potesse reluirlo; o patisse che il pegno fosse venduto (*g*). Doveva inoltre a qualche testimonio significare il tempo da lui destinato alla vendita (*h*): cosa molto vaga ed incerta, se pure le parole del testo che ho portate in nota devono intendersi a quel modo, che è lezione di Pothier; o non piuttosto, *se si avessero pronti testimoni;* come sembra tenere Accursio nella glossa *alla detta L. 4. C. de distract. pign.:* che renderebbe vieppiù leggiera e inconcludente quella formalità.

(*a*) L. 1. C. de pact. pignor. L. 4. D. de pignor. act.

(*b*) L. 4. C. de distract. pign.

(*c*) L. 1. C. si vendit. pign.

(*d*) LL. 1. e 3. Cod. eod. salva l'usucapione in questo mezzo verificatasi. In tal caso non si aveva che l'azione personale contro il creditore.

(*e*) Bald. ad L. si cessante 7. Cod. de distract. pign.

(*f*) Tale denuncia edittale o *programma* si pubblicava, e si faceva circolare nelle provincie, anche per avvertire i creditori che nelle provincie, o *diaecesi* non abitavano, i quali non comparendo si teneva avessero rinunziato al loro diritto di concorrere sul pegno. LL. 5. e 6. C. de remiss. pign. et ibi Gloss.

(*g*) L. 4. C. eod.

(*h*) . . . . . et quando licet testato dicere debet . . . .

Digitized by Google

3. Dopo la denuncia, e dato un certo termine, rispondente a quella *buonafede* che si voleva osservata in questa licitazione di privata autorità (*a*), il creditore poteva vendere il pegno.

Noi teniamo con Donello — *Tract. de pignor. C.* 1. *de distract. pign.* che non dovesse il creditore soprassedere nella vendita per un *biennio*, malgrado il comun sentire degl' interpreti.

4. Nacque questa opinione da una costituzione di Giustiniano, inserta nel *Tit.* del *Codice de jure dominii impetrando L.* 3. con cui, a quel creditore che non aveva potuto vender il pegno, era data facoltà di domandare al Principe quella, che oggi chiamiamo, *aggiudicazione* (addictio pignoris); ossia l' appropriazione e il dominio del pegno. La comune degl' interpreti, fra cui scrittori accuratissimi (*b*), entrò nell' avviso che per quella legge di Giustiniano, il creditore dovesse aspettare un biennio prima di vender il pegno. Il che non si trova stabilito in verun luogo del diritto. L'imperadore non fece che correggere l' antichissima usanza (*c*), per la quale al creditore, a cui non era riuscita l' alienazione del pegno, veniva imposto di starsene per un intero anno: termine espressamente concesso al debitore per reluire il pegno. Giustiniano, maggiore pietà usando al debitore che giustizia al creditore, prolungò quel termine sino al biennio: ecco tutto. Con questo egli non derogava alla costituzione di Gordiano in *L. si cessante C. de distract. pign.* che non prefiggeva termine veruno di sospensione dopo la

---

(*a*) *Proscriptione saltem publica* (cioè coll' editto) *non quidem subhasta necessaria* . . . . Hubero Praelect. Lib. XX. Tit. V. — Wessenbecio — ad Tit. de distract. pign. N. 24.

(*b*) Nomino fra questi Samuele Coccejo Jus civil. controvers. Lib. XX. Tit. V. de distract. pign. Qu. 11. — quaenam solemnitates in distractione pignoris observari debeant. Non parlo di Pothier, a cui dobbiamo essere riconoscenti per avere popolarizzato il diritto romano, e colla chiarezza delle sue esposizioni averne assai agevolato lo studio, ma che certo non può pretendere, simile in questo al Domat, a molta riputazione di profondità. Egli censura il Donello, quasi schernendolo, di avere tenuta opinione particolare contro un *testo così chiaro*. Nota al suddetto titolo. Ma Donello pescava molto più a fondo di lui.

(*c*) . . . . vetustissimam observationem . . . .

Digitized by Google

proscriptio o denuncia. Donello osserva quanto una tale disposizione sarebbe stata dura e iniqua, ed io aggiungo, irragionevole e dannosa. Perchè mai una sospensione di due anni che sono ben lunghi? Qual creditore vorrebbe più stipulare un pegno, incuorato da tale alacrità di atti giudiziali? Era uno sfinimento da far perdere la pazienza e la voglia del contrattare in questa forma. Il caso di non trovarsi compratori al pegno, che è quello contemplato nella citata costituzione di Giustiniano (V. infra §. XXVIII.), era assai più difficile: assai più rara quindi l'applicazione della legge, assai più raro il danno; d'altra parte, esaurito il rigore della legge, e caduto indarno l'esperimento della vendita, il debitore entrava in certo modo in uno stadio di benigne concessioni e di grazia.

§. XXVI.

Della vendita del Pegno per opera del creditore quando la vendita e il modo della vendita era stato espressamente convenuto.

1. Quando c'erano convenzioni sul pegno, dovevano rispettarsi. Lex pignoris (*a*). Se il creditore aveva dal patto la facoltà di vendere il pegno, non era impedito da termini e supersessorie, e poteva tosto esporlo in vendita (*b*). Ma il creditore che procedeva in virtù del patto *distrahendi*, aveva tuttavia l'obbligo della denuncia? Benchè alcuni gravi giureconsulti sembrassero dubitarne (*c*), due testi abbastanza chiari ne convincono, che la rinuncia era sempre di rigore (*d*), ma quasi sempre un termine c'era prefisso (*e*). Senza che, come bene avverte il Coccejo, troppo facilmente sarebbe entrata la frode. C'è anche da riflettere che il creditore non poteva

(*a*) 3. C. de jure domin. impetr. §. 1.
(*b*) Coccejo Jus controv. Lib. XX. Tit. V.
(*c*) Lauterbach. Vinnio Inst. quib. alien. licet. §. 2.
(*d*) L. 10. Cod. de pign. et hyp. L. 4. D. eod. Branemann. ad d. L. 10.
(*e*) L. 8. §. 3. D. de pign. act.

Digitized by Google

procedere alla vendita del pegno se il debitore non fosse caduto in mora (*a*); nè poteva concepirsi l'incorso della mora senza la denuncia.

2. Ma quale vantaggio aveva il creditore dalla stipulata facoltà di vendere il pegno? Nella opinione di quelli che vogliono applicabile ad ogni vendita la supersessoria del biennio (V. §. XXV. N. 3.), il vantaggio del creditore era importante in questo, che non gli faceva mestieri sì lungo indugio (*b*). Noi, seguendo invece la scuola di Donello, (§. XXV. N. 4.) portiamo l'avviso seguente. O il patto accordava semplicemente al creditore la facoltà di vendere, l'espresso valeva quanto il tacito: ciò è che il creditore non acquistava maggiori diritti di quelli che la legge stessa gli concedeva per la vendita del pegno indipendentemente da convenzione (§. XXV. N. 1.). Imperocchè tale facoltà doveva sempre tenersi accordata dal debitore, e voluta dal creditore, per la natura stessa del contratto. La convenzione però poteva avere introdotte delle modificazioni tanto nei termini, che nella forma del procedimento; che, come abbiamo visto (§. XXV. N. 1.), non era prescritta dalla legge colla precisione necessaria, nè come condizione assoluta di validità. Il diritto pretorio, da cui emana la giurisprudenza del Pegno, lascia travedere in tutte le sue disposizioni l'influenza soverchiante della equità e dell'elemento morale: antitesi abbastanza curiosa di quel meccanico rigorismo a cui s'informava l'antico diritto scritto, sul quale si veniva innestando.

§. XXVII.

Della vendita del Pegno, nonostante il patto che non fosse permesso di venderlo.

Il patto si considerava come non apposto; soltanto fu ingiunta al creditore la formalità di una triplice denuncia (*c*). Era questa

---

(*a*) L. 14. Cod. de distract. pign. L. 10. C. de pignor.
(*b*) Lauterbach. ad L. 1. Cod. de jure dom. impetr.
(*c*) L. inter. D. de public. jud.

Digitized by Google

la formalità che il creditore doveva osservare per vincere, a così dire, la resistenza del patto contrario, laddove nei casi ordinarî bastava una sola denuncia. Che un intervallo fra l'una e l'altra denuncia dovesse porsi, non è chi possa dubitarne; ma la durata dell'intervallo, non è stabilita. Si teneva dagl'interpreti che almeno ventiquattr'ore dovessero intercedere fra l'una e l'altra denuncia, argomentando dal costume dei processi criminali nei quali il reo doveva esser citato per triduum. Opinione non bene fondata per la diversa indole dei giudizî. Più consentanee alle tradizioni del diritto romano, sembrano le dottrine di coloro che danno uno spazio di giorni trenta, quanto è un decendio fra ciascuna denuncia (*a*). Difatti il modicum tempus di Ulpiano si conta di giorni dieci (*b*): quel tempo ch'era necessario frapporre fra l'uno e l'altro dei tre editti con cui si chiamavano gli assenti: l'ultimo dei quali dicevasi *perentorio* (*c*). La natura del pegno è tale, che non può esimersi dalla vendita, come l'unico mezzo legittimo a realizzare il soddisfacimento coattivo: scopo e causa finale della cauzione. Vi sono nei contratti delle forze che il patto dei privati non può dominare; si può non volere un contratto; ma quando si vuole, conviene accettarne le forme sostanziali che lo fanno esser quello che è: senza diritto di vendere il pegno, non esiste il pegno. E poichè più delle parole vale il fatto; *si actum est* di contratto di pegno, ne segue che il patto di non alienare, non ha valore. Or dunque, se deve pur venirsi a questo di vendere il pegno, malgrado il patto contrario, fu savio e giusto ordinamento della legge di temperare almeno il rigore della esecuzione consueta, moltiplicando gl'impulsi al pagamento e i termini sospensivi; con che il patto non potè dirsi totalmente inutile (*d*).

(*a*) Donell. Tract. de pign. Cap. 10.

(*b*) Per intervallum non minus decem dierum Lib. 4. de omnib. Tribun. L. 69. D. de judic.

(*c*) Alcuni sciolsero le difficoltà colla consueta formola — *dell'arbitrio del giudice* — Trentac. Lib. 3. res. 1. e resolut. 31. Struv. Exer. 26. T. 4. ed altri, ma è evidentemente una delle risorse della pratica che non trova appoggio sicuro in quelle troppo languide tradizioni del diritto comune.

(*d*) Sunto della dottrina di Donello nell'indic. Capit. 10.

Digitized by Google

§. XXVIII.

Dell' aggiudicazione, addictio pignoris.

Benchè l'*addictio pignoris* fosse ammessa eziandio nel pegno giudiziale, ne facciam qui cenno a compimento di questo articolo di storia ipotecaria; e diremo brevemente. Il creditore non poteva acquistare il pegno dal debitore. Legge saviamente ordinata allo scopo di sottrarre il debitore alla pressione che il creditore poteva esercitare su lui, in un momento di bisogno. Perciò dall' Imperadore Alessandro e Costantino si promulgarono le note costituzioni *sul patto commissorio nel pegno* (*a*), della cui natura ed effetti avremo a ragionare in sede opportuna, applicando quelle disposizioni eziandio alla Ipoteca propriamente detta. Qui basti toccarne, e ricordare che fu oggetto di quelle disposizioni il dichiarare inammissibile nel pegno la legge commissoria (tanto omogenea alla vendita); e annullare il patto dell' appropriazione del pegno, come vituperoso e pestifero; volendo Costantino che sin la memoria se ne cancellasse nel mondo *L. 3. C. de pact. pign.* Caduti gli esperimenti della vendita, non si presentava più mezzo giuridico coll' azione del quale trasmettere coattivamente il dominio della cosa oppignorata dal debitore nel creditore. Per ciò s' interpose l' autorità Sovrana, fonte del diritto, avanti la quale si doveva *impetrare il dominio del pegno*, dopo aver soddisfatte quelle prescrizioni che abbondano specialmente nella costituzione di Giustiniano (*b*).

(*a*) Cod. Tit. XXXV. Lib. VIII.

(*b*) L. 3. Cod. de jure domin. impetr. Cujac. ad d. L.

Digitized by Google

§. XXIX.

Nozioni storiche del Pegno pretorio e del Pegno giudiziale.

1. La singolare natura del pegno pretorio è chiaramente significata da Ulpiano nel Lib. 3. delle Disputazioni *L.* 26. *D. de pign. actione*, ove dice che ogni magistrato *può costituire un pegno* purchè metta alcuno in possesso di un fondo. Ecco adunque un pegno che non è costituito, nè dal contratto, nè dalla legge, nè da una disposizione d'ultima volontà, nè da una sentenza definitiva, ma da un atto del magistrato, *nel corso di una procedura.*

2. Il giudice rilasciava il mandato d'immissione a favore del creditore nei beni del *contumace*, di colui cioè che, citato, si rendeva sordo all'invito e non compariva. I pratici solevano appellare questo mandato *aggravatio judicis:* una specie di coercizione, e di pressione giuridica sul contumace, onde si decidesse di assumere il piato giudiziale, e riconoscere colla contestazione della lite la giurisdizione del tribunale (*a*). Dipendeva dal debitore il risolvere quel possesso dell'avversario, presentandosi al giudice, ristorando le spese, prestando cauzione di stare in giudizio e subire le conseguenze del giudicato (*b*). Onde una prima distinzione fra il pegno pretorio e il giudiziale; che l'uno nell'accennato modo scioglievasi, laddove l'altro, soltanto col soddisfacimento del debito,

---

(*a*) L. 13. Cod. de jud. L. 8. C. quomodo et quando judex etc. — *Pignoribus emptis compellem* — era la clausula pretoria, onde si costringevano persino i senatori a convocarsi; e talvolta vi si aggiungevano le multe, come notarono Gellio e Cicerone per testimonianza di Balduino Tract. de pign. C. 8. Oltre i luoghi di Cicerone notati dal diligente trattatista, possono ricordarsi le magnifiche perorazioni pro Quintio e nelle filippiche in cui l'oratore addita il lugubre apparato dei procedimenti giudiziarî.

(*b*) Negus. de pignor. P. 3. M. 3. Perezio in C. de pretor. pign. Merlin. de Pign. L. 1. Tit. III. Qu. XVII. — Onde è nato che in alcuni regolamenti di procedura si vogliono obbligati i contumaci a pagare le spese, come preliminare della purgazione della contumacia.

Digitized by Google

poteva essere liberato (*a*). Una tale immissione attribuiva al creditore una detenzione mera, e non un possesso propriamente detto, onde non faceva suoi i frutti ch' egli, percependo, imputava nel credito (*b*). Tuttavolta il creditore insisteva nel pegno, sino al soddisfacimento, o almeno sino alla comparsa del reo in giudizio, pesando sul debitore con quella specie di occupazione giuridica, accompagnata, come ognun può credere, da quelle asprezze che fra nemici si usa, e da quegli arbitrî di cui gli occupatori non si fanno sempre coscienza.

3. La trasformazione dell' azione personale in una detenzione pignoratizia era una delle singolarità del diritto pretorio: evoluzione che la logica del diritto scritto non avrebbe mai potuto operare, come effetto giuridico non rispondente alla sua causa, non potendosi pensare che una obbligazione che vincola semplicemente la persona possa partorire un vincolo reale. Ma il trapasso fu trovato sommamente equo, e in certi negozî della vita praticamente applicabile, onde fu adottato con quella elastica prudenza che distinse il ministero provvidenziale del Pretore. Accettata una denominazione alquanto vaga (*pegno pretorio*), e quindi suscettiva di molte e svariate applicazioni, si videro immissioni di nome e di scopo specificamente diverso, benchè tutte comprese da uno spirito generale di tutela e di conservazione: *ex causa damni infecti; ventris nomine;* quella dei legatari e creditori del defunto (quorum legatorum); tutti modi conservativi, ordini cautatorî, misure provvidenziali: impossibili però a confondersi. In quello prepondera lo scopo di preservare da un danno imminente; nell' altro di proteggere gl' interessi di una madre e di un fanciullo aspettato nel mondo: i due esseri più degni della protezion della legge (*c*). Il terzo

---

(*a*) Merlin. de pignor. Lib. 1. T. III. Qu. 17.

(*b*) Ibi N. 8. Onde al detentore non competeva l' interdetto uti possidetis, che è proprio del possessore. Alex. in Leg. 3. D. de acquir. possess.

(*c*) Che tali rimedî non abbiano a confondersi nella loro efficienza valga, che codesta cauzione, ventris nomine, attribuisce i frutti. *Guido Pap. de* 1.° *e* 2.° *decreto N.* 20., laddove le altre non producono questo effetto.

Digitized by Google

era mezzo efficace ad eseguire la volontà dei testatori; quello di cui parliamo, sostiene l'ordine e la maestà dei giudizî. Niuno di questi provvedimenti del magistrato attribuiva il pegno vero: ma quello accordato al creditore ex primo mandato poteva cangiarsi in *pegno giudiziale;* il che forma una distinzione ben notevole e singolare dalle altre cauzioni pretorie summentovate.

§. XXX.

Continuazione dell' argomento.

1. Queste nozioni riguardano il creditore non fornito che di azione *personale;* ma il sistema di molto differiva trattandosi *di azione reale.* Cessato il primo anno, durante il quale la detenzione era sempre revocabile, si apriva al creditore, provveduto di azione reale, uno stadio di possesso irrevocabile e fruittizio (*a*). Non è maraviglia se l'azione reale tanto si vantaggiava negli effetti sopra la personale. Che il transito del vincolo personale nel reale fosse di difficile digestione logica, fu per noi sopra avvertito (§. XXIX. N. 3.); l'azione reale invece materialmente applicata al suo subbietto, operava in relazione alla sua natura. Il debitore invitato e contumace, aveva già avuto un tempo congruo a decidersi; per cui la *detenzione* trasmigrava, per così esprimermi, in un vero possesso, seguendo quella tradizione del giureconsulto Paolo il quale additò la stessa fase di diritto nella materia *damni infecti,* se il proprietario dopo un tempo abbastanza lungo non si fosse prestato al dovere *L.* 3. §. *fin. D. de adq. vel amitt. poss.*

Ho detto l'azione reale, giacchè fu pei dottori insegnato, che l'*azione ipotecaria* produceva un effetto diverso e men pieno. Anche *la Ipoteca era un' azione reale* (massima che presso gli antichi non passava senza contrasto): come azione reale aveva la virtù di trasmutare una detenzione transitoria in un possesso irrevocabile,

---

(*a*) Negus. de pign. M. 2. P. 2. N. 7. Questa teoria, che è piuttosto deduttiva che letterale, è tolta da una dottrina di Paolo L. 3. §. fin. D. de aquir. poss.

Digitized by Google

dopo l'anno; ma non fruittizio. L'ipoteca difatti non ha per fine l'avocazione e possedimento del fondo: ma la vendita di esso come mezzo di soddisfacimento. E in ciò stava la ragione della differenza (*a*).

2. Il pegno pretorio era dunque piuttosto un fatto che un diritto; giacchè non poteva concepirsi senza una materiale apprensione, e una insistenza del corpo e sul corpo (*b*) che di lunga mano lo differenziava dalla ipoteca. Tuttavia il proprietario restava nel suo possesso mentre altri occupava il suo fondo, non potendo il detentore giuridicamente espellere il possessore, ed essendo fra loro compatibili siffatte forme degradanti di tenere una cosa (*c*). Sistema imbarazzante: sottili distinzioni di diritto, contro le quali protestava, a così dire, la evidente realtà delle cose. Un' amministrazione forzatamente imposta, che non toglieva il possesso al proprietario, e che, per giunta, era comune a tutto il ceto creditorio, come ora diciamo, in tempi rozzi e di fieri costumi, produceva non rare volte deplorabili disordini (*d*); e allo stesso creditore presentava una marcia incerta e piena di pericoli.

3. Seguitando a parlare di questo estremo, necessario a compiere il concetto del *pegno pretorio*, cioè l'apprensione materiale, abbiamo in giurisprudenza la singolare tradizione, che se il creditore perdesse senza fatto e colpa propria il possesso (naturale) del fondo appreso, potesse ricuperarlo col mezzo dell' azione utile

---

(*a*) Alex. in d. L. 3. Negus. M. 2. P. 3. N. 8.

(*b*) È letterale il testo. L. 26. D. de pign. act. Tuttavolta valevano i simboli come la stessa occupazione corporea. Il ritenere per esempio le chiavi, che può escludere l'ingresso altrui. Il mobile non poteva occuparsi che manualiter; se presso terzi, si provvedeva col sequestro. Negus. de pign. l. sudd. — Confer. L. cum unus 12. §. fin. D. de bon. auct. jud. possid.

(*c*) Antica dottrina di Labeone accreditata da Ulpiano L. si finita 15. D. damn. inf. §. si quis autem.

(*d*) Se le parti venissero alle armi, il giudice poteva far espellere il proprietario colla forza. — Avvertenza di Bartolo alla d. legge si finita; ch' era piuttosto un' attribuzione della polizia criminale, che una disposizione della legge civile.

Digitized by Google

ipotecaria (*a*). Noi possiamo supporre che il creditore avesse ottenuta la immissione pretoria semplicemente sull' appoggio dell' azione personale, e avesse acquistato il jus pignoris col solo fatto della immissione. Per questo lato adunque il pegno pretorio aveva gli effetti del pegno vero, quantunque sotto altri rapporti ne differenziasse, il che pure chiariremo fra breve (*b*).

4. Certamente il pegno pretorio è un gius speciale, che dal pegno convenzionale differisce sostanzialmente in questo, che l' uno è motivato dall' interesse dell' ordine pubblico e della giustizia;

(*a*) L. 2. Cod. de pretor. pign. Cujac. ad Tit. XXI. Lib. VIII. Cod. — Avverto che questo è un errore della Edizione Napoletana che io cito. — Tipograf. Moriana 1758 essendo il titolo de pretorio pignore il XXII. e non il XXI. del Libro VIII. L' errore è avvenuto da ciò che, essendo ommesso nel commento di Cujaccio il Titolo XI. de novi operis nunciatione, l' editore continua la serie numerica senza interruzione, e al titolo XI. colloca quello de operibus publicis che è il XII. Tanto è difficile evitare gli errori anche nell' edizioni più accurate.

(*b*) Giustiniano nella sudd. legge 2. C. de praetor. pign. dice chiaramente, duplice essere il genere ipotecario; altro che dalle convenzioni nasceva, altro che dal fatto del magistrato, e precisamente notò questo peculiare effetto del pegno pretorio. Il Dott. Carabelli, bellissimo ingegno, e di cui ho fatto onorevole menzione altra volta, in una assai diligente monografia sul pegno pretorio — P. 1. Cap. II. §. IX. N. 3. Diritto Ipotec. del Regno Lombardo-Veneto in corso di pubblicazione, osserva che, caduto il creditore dal possesso, non aveva l' azione ipotecaria, ma solo un' azione *in factum*, ovvero l' interdetto *unde vi*, aggiungendo che *i prammatici furono tratti fuori di strada dalla L. ult. C. de pretorio pign.* Mi permetto di non convenire nella opinione del lodatissimo autore. Il testo è palese. Chiama il pretorio uno dei *due generi ipotecari*. L. sudd. in princ. Non richiamava il legislatore le leggi antiche ma le correggeva accordando in via di equità, con quei temperamenti transattivi consueti al Pretore, un nuovo rimedio coll' azione ipotecaria; *utile*, perchè non nasceva dal diritto civile. Lo stesso Balduino, seguitando il periodo ove sono le parole citate dal sig. Dott. Carabelli dice — *Sed Justinianus effecit ut pignus praetorium uteretur communi jure pignorum*, ET PERFAECTUM PIGNUS ESSET, *hoc est, ut ex eo daretur* PERSECUTIO HYPOTECARIA *si quis forte possessionem amisisset.*

Digitized by Google

l'altro è di semplice previsione privata; tanto individuale e particolare quanto il primo è universale e comune. Nasce da ciò che non si acquista per esso al pignorante una facoltà esclusiva, ond'essere preferito agli altri creditori; ma solamente si ottiene l'effetto, che il materiale subbietto di una pluralità di diritti si conservi sotto la cura del magistrato, e da tutti quei pericoli si difenda a cui potrebb'esser esposto, lasciato in balìa del debitore. In sostanza è un'avocazione di possesso che il potere giuridico fa in se stesso sulla mozione di un creditore: mozione che gli porge l'occasione legale a tale procedimento d'ufficio (*a*). L'equità, come al solito, ispirava questi rimedî tutelari, onde era invano cercarne uno svolgimento logico nei principî consacrati dalla ragione civile; per che si diceva agire il pretore *extra ordinem* (*b*). Tanto è ciò vero che il ritirarsi del creditore soddisfatto, non iscioglieva il pegno sul quale la universalità dei creditori (che ora diciamo *massa*) aveva acquistato pari diritto (*c*). Divenuto così comune il pegno, ognuno dei creditori poteva procedere alla vendita (*d*). Quindi, dopo l'oppignoramento eseguito ad istanza del creditore più diligente, poteva comparire un secondo, un terzo e via discorrendo, giustificare i propri titoli di credito, e intromettersi nel processo iniziato dal primo (*e*). Un termine però ci doveva essere; la pratica dava due

---

(*a*) Nella legge cum unus D. de bon. auctoritat. jud. possid. sono queste chiare parole — et commoditas dicitur cum praetor permisit non tam personae solius petentis quam aliis creditoribus et in rem permissum videri — a cui perfettamente risponde l'altro testo. L. fin. Cod. eod. tit.

(*b*) Quia non sibi quicquam acquirit, cui praetor permittit, sed aliquid extra ordinem facit, et ideo caeteris quoque prodest. L. cum unus D. de bon. auct. jud. possit.

(*c*) L. sudd. ed ivi Bartol. — item primo dimisso, jus caeterorum creditorum non laeditur.

(*d*) D. L. cum unus in fin. et ibi Bart. et omnes.

(*e*) Bartol. ad L. cum unus. Aurei sono i *Prolegomeni* di Valderano de privil. creditor. Il Cap. 16. — quomodo pignus praetorium, pro in bona miss. jure cont. contiene, come tutto il resto del trattato, notizie peregrine e osservazioni originali in questa materia.

Digitized by Google

anni fra' presenti, e quattro fra gli assenti, dalla pronuncia del *primo decreto* (*a*).

§. XXXI.

Continuazione dell' argomento e conclusione.

1. Inutilmente il magistrato avrebbe steso il braccio protettore, se non avesse anche saputo respingere le offese. Abbiam visto, che per una legge discesa direttamente dalla sommità del principato (§. XXX. N. 3.), il creditore immesso perseguitava coll' azione ipotecaria il pegno da cui si fosse lasciato cadere. Per una tradizione, accettata dalla maggior parte dei giuristi e frequentemente dai tribunali (*b*), il debitore, colpito da siffatta occupazione giuridica, non poteva coll' alienazione liberarsi dal vincolo, operando in ciò il pegno pretorio negli stessi termini del pegno convenzionale (*c*). Havvi di più, che l' alienazione si presumeva dolosa (*d*): tanto era solenne il carattere di un sequestro giudiziale, tanta la pubblicità della esecuzione che il terzo non avrebbe potuto scusarsi di buona fede e d' ignoranza. Così la impressione del pegno pretorio, dal lato della buona fede, si reputava più forte che quello del pegno convenzionale, che, fra le tenebre dell' antico sistema, quasi sempre ignoravasi: ma gli effetti convien tenerli identici.

2. Volendo per tutto questo definirsi la natura del pegno pretorio nel modo inteso dagli antichi: esso non era altro che un sequestro dei beni del debitore contumace, che il magistrato decretava col primario intendimento d' imporre alla inobbedienza del reo; scopo generale delle varie ragioni di oppignoramento pretorio era la conservazione dei diritti privati, in un interesse piuttosto

---

(*a*) Bartolo e la Gloss. alla d. legge cum unus D. de bon. auct. jud. possid. Cumano alla d. L.

(*b*) Costa de remed. subsid. remed. 31. N. 5. Surd. Cons. 533. Merlin. de pign. quaes. 18. N. 10. 11. e 18.

(*c*) Surd. Cons. 533. per tot.

(*d*) E induceva vitium litigiosi Merlin. eod. N. 11.

Digitized by Google

collettivo che individuale, a fronte di circostanze superiori alla forza del privato: una specie di soccorso che il custode della giustizia pubblica ministrava ai bisogni della giustizia particolare. Aveva la virtù di pegno vero, vincolando la proprietà alla sicurezza del credito, ma con certi termini e modificazioni che si appalesavano nella speciale indole di ciascuno di questi rimedi provvidenziali.

3. Le procedure moderne, come verrà acconcio di esaminare in molti luoghi dell' opera, hanno sostituito all' imbarazzante sistema dei possessi pretori, durati però sotto varie forme sino a noi (*a*), gli oppignoramenti e i sequestri, abilmente intrecciati colle cautele ipotecarie, semplificando gli ordinamenti e le pratiche; locchè non poteva eseguirsi col metodo antico. Codesto organismo in non poche sue attitudini ricorda quelle tradizioni, serbando tutto ciò che vi era di bene e saviamente ordinato; fra le altre cose il diritto nel debitore di reluire il pegno, e la comunione del pegno in un certo momento della procedura; dal qual momento viene interdetto al debitore di usare di quella facoltà di reluire senza il consenso di tutti gl' iscritti, formanti una società fortuita, ma non meno dotata dello spirito di corpo e di collezione. Solamente la parte esecutiva, nei nostri metodi, cessa di essere anticipata, poichè la contumacia del citato, oggidì offende assai meno la suscettività dell' ordine giudiziario che in antico non facesse; massime che nei casi urgenti non mancano facoltà nei magistrati di pronte e opportune provvisioni.

4. Propriamente la nostra oppignorazione *è il pegno giudiziale* che veniva in eseguimento del giudicato; sebbene diverso fosse il modo, cioè la materiale immissione, ora perfettamente abrogata: unica espressione che la legge d' allora seppe trovare all' apprensione giuridica, mancando ogni altro mezzo pubblico per denotarla. Diventava con ciò definitivo il possesso, e l' attore lo riteneva *pro domino*, se questo era l' oggetto della quistione, aggiudicato nella sentenza. Ma se il giudizio mirava al soddisfacimento di un credito

---

(*a*) Scaccia de judiciis. Cap. 96 per tot. Ridolphin. praxis judiciar. Par. 1. Cap. XV. N. 80. 81. 82. Toscana. Proc. civ. 1814. Napoli V. il nostro §. LVIII.

Digitized by Google

pecuniario, il pegno giudiziale non era che un atto intermedio, al quale succedevano la subasta e la vendita (*a*): soltanto il *secondo decreto* chiudeva la serie degli atti giudiziali.

§. XXXII.

Dell' azione ipotecaria, o quasi Serviana, e dell' Interdetto Salviano. Delle rassomiglianze e differenze loro; e della confusione che l' adozione di questo secondo rimedio recava nel campo della esecuzione.

1. La storia ideale della antica istituzione ipotecaria che veniamo tracciando nelle sue parti più viete e rugginose, esige che si diradi alquanto l' intricato viluppo di quei mezzi giudiciarî che si urtavano fra loro per soverchia intimità di rapporti, e per troppa abbondanza s' indebolivano. Secondo la comune opinione degli eruditi, Salvio Giuliano, esercitando la pretura urbana al tempo di Adriano imperadore, fu l' autore dell' Interdetto che da lui prese il nome. Giurista e politico di genio, insaziabile di scienza (*b*), raccolte con immensa fatica, dicono, in cento volumi le sparse decisioni pretorie, riordinò l' Editto che cominciò a chiamarsi perpetuo; e inaugurò una nuova êra legislativa. Difatti sin d' allora cessarono le rinascenti propalazioni pretorie, di cui l' interdetto Salviano fu, come a dire, l' ultima voce. Indi gl' Imperanti supremi si recarono in mano l' assoluta podestà del far leggi; la legislazione cominciò a semplificarsi discendendo da una sola fonte; benchè l' arte della codificazione mancasse, ne venne sorgendo lo spirito, e si manifestò in quel movimento di collezione e di unificazione proprio dell' estremo periodo legislativo da Comodo a Giustiniano, tramezzato dalle costituzioni di Valentiano III., dai codici Gregoriano ed Ermogeniano, e da quello di Teodosio Secondo.

(*a*) Negusant. de pign. P. 3. M. 2. N. 68. — Postio de subhast. Insp. XI. NN. 5. 17. e 19.

(*b*) Pomponio ne fece bella e curiosa testimonianza nella L. 20. apud. Julianum D. de fideic. libertat.

Digitized by Google

Il pensiero di Salvio fu di evitare le difficoltà che presentava l'esercizio dell'azione ipotecaria, petitoria di sua natura, inventando un rimedio possessorio che agevolasse la realizzazione del diritto (*a*).

2. L'ipoteca è la base dell'interdetto Salviano (*b*). Come tutte le emanazioni pretorie, racchiude reminiscenze tradizionali, e si atteggia all'imitazione. Il Salviano sulle orme della Serviana si occupa del locatore, del colono, e della introduzione di cose animate o inanimate nel predio locato (*c*), ed allora opera direttamente, perchè questo sembra lo speciale indirizzo della istituzione. Rapporto alle cose introdotte dall'inquilino nel predio urbano, l'interdetto Salviano si applica non meno; ma l'applicazione sembra piuttosto deduttiva che letterale, onde lo chiamano *utile* (*d*). In questa cerchia limitata parve ad alcuni doversi restringere la ragione dell'interdetto Salviano (*e*), fondati nella lettera del testo (*f*). È inutile rinnovare tale quistione, che è divenuta di mere parole dopo l'adozione che tutta la giurisprudenza, capitanata da Bartolo (*g*),

---

(*a*) Cujac. Parat. ad Tit. II. Lib. XX. Dig. annot. C. et ad Tit. 33. Lib. 42.

(*b*) L. 1. C. de precar. et de Salvian. interd. Come si soleva, le istituzioni entravano nella legislazione, e vi circolavano, e ponevan radice più per forza di consuetudine che per manifestazione della volontà sovrana. Gordiano, imperadore, autore del rescritto inserto in quella legge, che ha la data dell'anno 213, accetta piuttosto le conseguenze dell'interdetto Salviano (anteriore di quasi un secolo) di quello che espressamente lo richiami.

(*c*) L. 1. D. de Salv. interd.

(*d*) Menoch. adipiso. poss. Rem. 3. N. 1. Pacific. de Salv. interd. Insp. 2. C. 1. N. 56. et Insp. 3. C. 1. N. 1.

(*e*) Franc. Sarmient. de redd. eccles. P. 3. C. 2. N. 19 etc. Thesaur. decis. 176. Menoch. de adipisc. Rem. 3. N. 20.

(*f*) L. 1. C. de prec. et de Salv. — *debitor tuus* — *adversus debitorem conductoremque* — predicati che non si possono verificare che nel colono-conduttore.

(*g*) Ad L. 1. D. de Salv. interd. V. principalmente Mysing. in §. item Serviana. Angel. al §. d. Cujac. Observat. Lib. 5. Cap. 24. Negus. de pign. M. 3. P. 8.

Digitized by Google

ha fatto del principio contrario: cioè della competenza che ha l'interdetto Salviano utile di estendersi a favore di qualunque creditore ipotecario, colla stessa elasticità che distingue la quasi Serviana o ipotecaria.

§. XXXIII.

Continuazione dell' argomento.

1. Ma per meglio ravvisare i punti di contatto e le differenze pratiche di codeste istituzioni, convien ravvicinarle.

È indirizzo comune a queste due azioni di avocare il possesso della cosa pignorata (*a*) all' effetto del soddisfacimento: ma assai differente è la natura loro; giacchè il giudizio che dalla Serviana discende è petitorio, ancorchè si dica rivolto all' avocazione del possesso. L' indole apodittica dell' azione quasi Serviana esige la dimostrazione del diritto di proprietà che il debitore avesse quando sottopose a pegno il bene che ora si perseguita in mano del terzo (*b*): e questo è l' agire *jure pignoris*, che contiene il duplice concetto della proprietà, e dell' atto dell' oppignoramento o consensuale o legale.

2. Questa dottrina che dovrà avere il suo conveniente svolgimento nella parte generale dell' opera, domanda però anche a questo luogo qualche schiarimento. Trattandosi d' ipoteca speciale, il creditore aveva già in mano la confessione dell' oppignorante debitore, essere di proprietà sua il bene dato in pegno; la quale confessione del debitore era fondamento saldo abbastanza perchè il creditore non potesse temere le oppugnazioni di lui (*c*) che la moralità e la legge avrebbero condannato del pari. Onde fu adottato il principio che, in fatto d' ipoteca speciale, bastava provare

---

(*a*) Nudam possessionem avocat . . . Papiniano L. 66. D. eviction. princ. parlando della ipotecaria.

(*b*) L. cum res C. quae pign. oblig. poss. Faber. in §. item Servian.

(*c*) Era quello che si chiamava refricare quaestionem dominii §. XXI. N. 1.

Digitized by Google

in possesso del debitore (*a*). In fatto poi d'ipoteca generale, che non aveva per condizione il dominio del debitore nel tempo della sua costituzione, è chiaro che la proprietà bastava giustificarla nel debitore in un punto qualunque, eziandio posteriore alla obbligazione (*b*).

3. Era questa la posizione giuridica del creditore in faccia al proprio debitore. Ma a fronte del *terzo possessore* che poteva, senz' arrossire, romper fede alle stipulazioni del debitore nelle cui obbligazioni egli non subentrava, il creditore ipotecario si trovava a più duro cimento. Il terzo possessore poteva sempre opporre al creditore agente l'obbligo di provare il dominio del debitore principale sulla cosa pignorata nel tempo dell'oppignoramento convenzionale, eziandio in termini d'ipoteca speciale (*c*). L'interdetto Salviano non s'impacciava in sì grave difficoltà; e non aveva debito che di semplicemente provare il *possesso* del debitore, al tempo dell'oppignoramento, o in appresso (*d*). Ma quella confessione del debitore, che nella ipoteca convenzionale non si riputava sufficiente a provare il dominio impugnato dal terzo possessore, poteva almeno giustificare il possesso? Se l'asserzione del debitore non si teneva valida a provare il dominio, perchè similmente non doveva valere a provare il possesso? Tuttavolta la prova del possesso, pel suo carattere estrinseco, è sempre stata di spedizione più facile che quella del dominio, che è degli apici del diritto. Anzi per giurisprudenza fissata dopo lungo tempo dai tribunali, la semplice clausola

---

(*a*) Salicet. ad L. rem alienam D. de pign. act. Mysinger ad §. item Serviana N. 49, per la ragione che il debitore sarebbe stato rinviato colla eccezione del dolo. Ulpiano in Lib. 73. ad edictum L. 21. §. 2. D. pignor.

(*b*) Bartol. in L. rem alienam D. de pign. act. N. 5.

(*c*) Marciano Lib. singul. ad formul. hyp. L. 23. D. de probat. Angel. in §. item Serv. Inst. de act. — Pacif. d. Salv. inter Qu. 11. Senza distinguere fra buona e mala fede dell'acquisitore opponente, come parve di produrre al Cino ed al Zasio d. §. item Serviana, opinione che la scuola di Bartolo rigettò, e non ebbe sèguito.

(*d*) §. 32. N. 1.

Digitized by Google

del costituto apposta nel contratto d' alienazione documentava il possesso (*a*).

4. Ma se la natura del Salviano era di più agevole applicazione, la sua azione era assai meno estesa consumandosi nel materiale possedimento del pegno. L' oggetto immediato era bensì la soddisfazione del debito, ma mediante la percezione del frutto. Diverso in ciò dalle altre immissioni pretorie, il Salviano era un mezzo esecutivo, non assicurativo. Anzi, dinanzi a questa innovazione, dovevano soccombere *et exulare ab aula* le immissioni di vecchio conio che, essendo mere preparazioni della esecuzione, ne avevano pel debitore tutti gl' incomodi, senza un reale vantaggio pel creditore. Nel tumulto, e nella oppressione delle procedure, il Salviano segnò un progresso. Ebbe nel foro un accoglimento grande, e fu frequentato quotidianamente nei giudizî a preferenza di ogni altra forma esecutiva, specialmente nella dizione pontificia, e in quei paesi che seguitarono a reggersi col diritto comune, sino a questi ultimi tempi. La istanza libellare si emancipò dal rigore consueto, e si permise dedurre la intenzione del Salviano dalle clausule generali, e dalle riserve più topiche e comuni (*b*); e si diede latissimo arbitrio ai giudici di supplire al silenzio delle parti, per sostenere il giudizio, ed escludere una intenzione diversa (*c*).

5. Ma come avviene delle idee isolate, che forse migliorano in qualche parte un sistema, ma non vi sono rapportate con tale indirizzo che armonizzi con tutto l' insieme, il Salviano sorpassò in qualche punto l' efficacia dell' azione ipotecaria ma in qualche altra rimase addietro. La sua natura di rimedio possessorio non gli consentiva l' azione di vendere il pegno: avrebbe dovuto limitarsi a dare il possesso. Ma il modo assai lento, soffocatorio, e, soprattutto incerto, di soddisfacimento, mediante la percezione dei frutti, era cagione che il creditore cercasse vie più spedite: l' uso forense gli fece lecita la cumulativa della immissione in Salviano coll' azione

---

(*a*) Rota Decis. recent. 135. N. 2. 3. P. 6.

(*b*) Per es. della clausula *omni meliori modo*. V. la decis. suddetta — Merlin. de pign. L. V. T. II. qu. de Salviano interd.

(*c*) Eodem.

Digitized by Google

ipotecaria, sotto l'ombra della clausula camerale o guarentigiata (*a*), o con altri sussidî prestati al difetto della legge dall'ingegno fecondo dei prammatici. Generalmente dopo essersi amministrato il Salviano, sciogliendo così il creditore dall'arduità della prova, la distrazione del pegno gli era accordata, innestando sul Salviano la ipotecaria (*b*). Nel nostro Stato si ricorreva al Principe, nè senza il sovrano permesso si poteva venire agli atti d'asta (*c*). Da ciò era chiaro, che tale procedimento non isvolgevasi dalla legalità, posciachè era d'uopo il permanente esercizio del Potere supremo per rimediare al difetto della legislazione. Intanto una delle regole più robuste dell'antico sistema, la escussione (*d*), era caduta in perfetta dissuetudine; inconciliabile coll'interdetto Salviano, ma che avrebbe dovuto riprendere la sua forza quando, per continuare la tela degli atti, era necessario ricorrere all'ipotecaria. Perchè il Salviano sorgeva sulla base della ipoteca, si parificò alla ipoteca per gli effetti del concorso dei creditori (*e*). Ma se il Salviano non fosse stato incongruamente aiutato dall'azione ipotecaria, i creditori avrebbero dovuto affollarsi sui frutti con una distribuzione imbarazzante e rovinosa e perciò si evitava, spingendo all'asta il fondo, e realizzando il capitale dove non si dovea che godere i frutti. Metodo che non aveva riscontro coi sinceri fonti della legislazione, e procedeva al tutto empiricamente. Per buona ventura la pubblicità ipotecaria ha resa inutile la famosa invenzione di Salvio Giuliano.

(*a*) Rota in Rom. dotis 4. Jul. 1635. cor. Piroan.

(*b*) Scapuccin. de Salvian. Lib. 3. Qu. 11. N. 3.

(*c*) Rota Recent. Dec. 188. P. 2. — Arimin. Con. 5. Maij 1626 et 25. Febb. et 28. Jun. cor. Coccin. — Merlin. de pign. Lib. V. T. 11. Qu. 77.

(*d*) Authentic. hoc. si debitor C. de pignor.

(*e*) Rota apud Buratt. Decis. 847. 858. — Merlin. eod.

Digitized by Google

§. XXXIV.

Del concorso dei creditori secondo il sistema antico.

1. Uno degli sgomenti del Credito è la lotta che troppo spesso si combatte dai creditori sui laceri avanzi del Pegno, il cui valore orribilmente assottigliato dalle spese non lascia speranza ai caduti, e si presenta come premio alla vittoria di pochi. Il Credito previde questo combattimento in campo chiuso, esito ordinario degli oppignoramenti moltiplicati sulla stessa sostanza. Coll' occhio intento alla soddisfazione futura, egli scandaglia il posto in cui deve collocarsi, e procura di arrivar primo — *prior in tempore potior in jure* — Quanto più chiaramente e prontamente può formarsi il criterio della cauzione a cui si affida, si accresce il sentimento della sicurezza. Portare al massimo grado questo sentimento, è dare al Credito le migliori condizioni possibili. Esso però non si alimenta di astrazioni; non gli basta la protezione di un principio, e il sapere che il primato del tempo equivale al primato del diritto. Gli affari sono positivi; e il creditore ha bisogno di calcolare. Onde più cose sono necessarie per assicurarlo e renderlo tranquillo 1.° persuadersi che il metodo adottato dalla legge per misurare le anteriorità è stabilito sopra basi inalterabili 2.° avere una chiara conoscenza della situazione della ipoteca, perchè il primo giudizio sulla bontà della posizione, si proferisce dallo stesso creditore 3.° esser convinto che il giudizio da lui anticipato sul futuro concorso, è in perfetta armonia con quello che sarà pronunciato dai tribunali.

2. Col sistema delle iscrizioni le moderne istituzioni provvedono mirabilmente al primo di questi bisogni del Credito. Da ciò si vede quale sia l' inconveniente delle Ipoteche tacite. Non ci può essere che un solo modo di misurare il tempo; e questo dev'esser estrinseco e conosciuto. Ne consegue ancora essere innormale e pericoloso il favore dei privilegi che non subiscano la legge comune della iscrizione. Tutto ciò che rimane d' impreveduto genera dubbiezze e inquietudini, e fa vacillare le operazioni del Credito. Se la forma moderna non è per anche purgata da codesto difetto, il confronto però coll' antico ci mostra, essersi già fatto un progresso immenso.

Digitized by Google

3. Tutti i privilegî nel novello ordine di cose sono *reali*. L'abolizione della *personalità* dei privilegî, ha prodotto questi buoni effetti 1.° ha reso omogeneo e uniforme il sistema, seguendo lo scopo della istituzione che è eminentemente reale 2.° ha tolto di mezzo quei conflitti secondarî che restavano a farsi dopo l'esaurimento dei diritti reali, e che prolungavano, dirò così, lo stato di ostilità fra i creditori 3.° rialzando il privilegio sino alla realtà ipotecaria, e facendone anzi una categorìa d'ordine superiore, ha migliorata la sua esistenza giuridica; anzi può dirsi che in certo modo gli ha data la vita, poichè il privilegio non godendo di una garanzia reale, era quasi sempre sacrificato a diritti logicamente deteriori (*a*).

4. Ma lasciando anche stare dei privilegî, lavoro molto indietro dalla sua perfezione eziandio nello stato presente dei nostri codici, e tornando a dire dell'antico, non è maraviglia, che, in mancanza di estrinseci segni, si agitassero i giuristi per fissare nella incessante prolissità del tempo quei punti normali, e quei momenti solenni, in cui nasceva il diritto della ipoteca. Giusta quel metodo,

---

(*a*) Vi avevano i *privilegî* personali; e le ipoteche *privilegiate*. Non parlo qui che dei primi. I creditori quindi si dividevano in chirografarî semplici e privilegiati; ai quali tutti prevaleva chi avesse stipulato il pegno o la ipoteca. L. 9. C. qui potior in pign. hab. Uno di questi privilegî semplicemente *personale*, posposto all'ipoteca, era quello delle *spese fatte per la conservazione della cosa* L. 7. Cod. qui potior in pign. L. 17. Cod. de pign. et hyp. Altri crediti però erano provveduti d'ipoteca in virtù della legge stessa; e allora soprastavano agl'ipotecarî semplici, come nel sistema moderno. Tal era il credito di chi aveva dato denaro, o un valore qualunque, per riedificare o ristaurare la casa di città, per un favore del pubblico ornato, semprechè il denaro si fosse realmente speso in quest'opera L. 1. D. in quib. C. pign. vel hyp. L. 24. §. 1. D. de reb. auct. jud. poss. L. 1. D. de cess. bonor. Ma non era così delle altre cose che si fabbricavano e ristauravano, come le navi LL. 26. 34. D. de reb. auct. jud. poss. Anche le pigioni dei predî urbani e i fitti dei fondi rustici appartenevano ai crediti privilegiati con ipoteca. LL. 2. 3. 4. 7. D. in quib. caus. pign. vel hyp. Ciò basti: queste particolarità del diritto romano saranno meglio determinate ai titoli opportuni, con più speciale raffronto alle novelle istituzioni.

Digitized by Google

nasceva col credito in una stessa culla, laddove negli ordinamenti moderni l'acquisto del gius personale, e quello dell'ipotecario, che ha bisogno di un aspetto estrinseco, occupano necessariamente due tempi distinti. Ma si doveva pur trovare una forza giuridica che sostenesse, nel vario conflitto dei pretendenti, la ragione storica di quel duplice diritto che aveva contemporanea esistenza. A costituire il pegno o la ipoteca non era imposta la scrittura (§. VI.); di che potevano venire in gara tutte le forme verbali che niuna penna può descrivere, nè veruna legge moderare; ma ogni creditore convinto della fragilità di questi mezzi, cominciò a provvedersi colle scritture. Allora si vide acuirsi il criterio delle prove, la cui graduazione venne precedendo quella dei creditori in concorso. Questo fermare le date, era un affare brigoso. Si prestava agl'istrumenti minore o maggior fede quanto presentassero alla critica giuridica maggiori o minori garanzie della loro credibilità. Benchè, astrattamente parlando, tutti i mezzi di dimostrazione ammessi dalla legge, debbano avere lo stesso valore, tuttavolta quell'organamento delle prove che si elaborava sul terreno pratico, dall'esperienza del giudice, e fra le acute contraddizioni dei pretendenti, faceva un gran bene: ed era di avvezzare gli uomini di affari a non fidarsi di prove incerte e pericolose. Il perchè doveva uscirne alla fine una certa uniformità di documentazioni legali, atta a semplificare assai le quistioni del concorso. Noi abbiamo avvertita un'epoca importante della storia scritturale, quella in cui l'imperad. Leone promulgò la sua famosa legge (scripturas 11. C. qui potior. in pign. V. sopra §. XIII.). Forse allora cominciò a distinguersi il creditore chirografario dall'instrumentario; questo secondo per la eccellenza della dimostrazione, e per quella certa osservanza di una scrupolosa legalità che nel suo contegno si ravvisava, ottenne preferenza sul primo. In questa guisa fu gravemente ferito il principio fondamentale — *prior in tempore potior in jure* — poichè il creditore ipotecario, semplicemente chirografario, ed anteriore, venne posposto al secondo, istrumentario e posteriore (*a*).

(*a*) Text. L. 11. C. qui potior in pign. Genua de script. priv. qu. 16. 1. e 2. conclus. Barbosa in L. 1. par. 2. N. 46. D. solut. matr. Merlin. de pign. Lib. 4. T. 1. Qu. 15. N. 1.

Digitized by Google

§. XXXV.

Continuazione dell' argomento.

1. Vedremo un po' più avanti quale altro colpo patisse la priorità cronica. L' imperadore aveva innalzata la scrittura, corroborata da tre testimonianze di perfetta probità, sino al valore di un istrumento pubblico (*a*). Era un modo di certificar le date equiparato alle segnature notarili: è di assai fresca invenzione il registro. In seguito si trovò che vi si poteva supplire colle firme di tale testimonio, o estensore dello scritto, la cui morte fosse avvenuta prima della costituzione del secondo pegno (*b*); o che la scrittura fosse archiviata (*c*). Propriamente l' anteriorità istrumentaria, nello spirito della legge, non faceva oltraggio al consacrato principio della priorità temporale, giacchè si fingeva che il documento imperfetto non esistesse. Finzione però che doveva cessare, quando soddisfatto il primo creditore, la cui ipoteca era fondata nell' istrumento pubblico o nella scrittura solenne, ricompariva il secondo, munito bensì d' ipoteca, ma semplicemente appoggiato ad un chirografo, o atto non solenne, per essere preferito ai creditori personali. E allora veniva in luce che l' anteriorità, attribuita a quel creditore, non era che un privilegio della prova che faceva retrocedere l'orologio, ed effettivamente variava il sistema del tempo.

2. Ma anche da un documento solo uscivano quistioni; poichè si prendeva a spezzare il tempo con una sollecitudine minuziosa. Il calcolo si faceva non a ore soltanto, ma a momenti: un attimo decideva della anteriorità e poziorità (*d*). Ciò risponde all' ordine fisico; ma in tanta difficoltà di misurare il tempo, era ben

---

(*a*) Dicta L. Scripturas. Auth. si quis. Cod. qui potior. in pign. hab.

(*b*) Rota post Cavaler. decis. 446. N. 7.

(*c*) Merlin. loc. eod. N. 43.

(*d*) Gloss. in L. si ex pluribus §. fin. in fin. D. de solut. Geno. de cens. p. 2. C. 2. qu. 5. art. 9. N. 43. Merlin. de pign. L. 4. T. 1. Qu. 4. N. 2.

Digitized by Google

duro esperimento quello di calcolare i minuti. L'ordine scritturale, oggetto di tante controversie, non era che l'applicazione di questo principio. Per regola generale il primo nominato in un diploma, in un rescritto, in un istrumento, si teneva primeggiare eziandio di dignità e di favore; seguendo il processo ideale che si specchia, come a dire, nel materiale dettato della scrittura (*a*); ma si richiedevano sottili avvedimenti. Distinguere per esempio, se il concetto regolatore della convenzione abbracciasse una successione di tempi; o se piuttosto le persone nominate si avessero a considerare come riunite in una identica posizione di diritto, senza prima nè poi, in guisa che ciascuno dovesse partecipare la sostanza del debitore decotto in proporzione alla importanza de'suoi crediti rispettivi, o come diciamo, per contributo, secondo fra semplici chirografarî interviene. Ciò dipendeva dalla volontà delle parti, e dalla saviezza dell'interpretare. Del resto essendo ammesso anche in una stipulazione unica la pluralità delle concessioni (*b*), siffatte operazioni dell'intelletto dicevansi *consecutive*, e diffuse necessariamente nel tempo che mai non si arresta (*c*). Se un istrumento era stipulato nello stesso giorno, prevaleva quello in cui era notata l'ora:

(*a*) Felin. in c. cum dilect. N. 4. e seqq. de Rescript. Pacific. de Salv. interd. Insp. 3. C. 2. N. 439. Colleg. Bonon. et Colleg. Patavinum, Ferrariens. etc. apud Zabarellam Cons. 1. e 3. Erano usate in Italia le discussioni scientifiche fra i Collegi delle varie Università, uso che oggidì si mantiene in Germania. Vi si disputava d'ordinario una tesi difficile e famosa, e vi prendevano parte i più grandi giureconsulti dell'epoca. Non poche altre di codeste discussioni hanno avuto celebrità oltre quella raccontata da Zaberella. Non si può quindi accettare, quanto all'Italia, quel ricordo storico del Savigny — Storia del Dir. Rom. del Medio Evo che parlando *della potenza straordinaria* della Università di Parigi, dice — In Italia, a cagion d'esempio, le Università non avevano » altra incombenza che garantire la libertà, e anche la licenza degli » scolari o dei professori celebri, ma a Parigi la Università intrometteva- » si in molte contenzioni scientifiche, e principalmente teologiche. — Tom. 2. Cap. XXI. N. 130.

(*b*) Bart. ad L. si fundus 16. §. si duo N. 4. in fin. D. de pignor.

(*c*) Lazarius de momento C. 17.

Digitized by Google

quelli ove tale cautela era trascurata, si avevano per posteriori, benchè stipulati nello stesso giorno (*a*), eccetto che forti congetture non vi si opponessero. E qui c'era da litigare in buon dato.

3. Non è ben noto da quali tradizioni alcuni statuti, e una pratica molto estesa togliessero, che ogni diritto ipotecario sparisce innanzi la decozione del debitore. Dubitavasi se anche il privilegio dotale dovesse perire in questo naufragio universale, e pare si trovasse l'arca per condurlo a riva, considerando che siffatta giurisprudenza era correttoria del diritto comune (*b*).

4. Vengo da ultimo ad una breve ricerca sull'effetto che le ipoteche privilegiate esercitavano nell'ordine del concorso.

È ben chiaro che non è in questo luogo che io intendo sviluppare la profonda dottrina dei privilegi *ex causa*, che tanto grandeggia nella romana giurisprudenza. Come soglio, non toccherò che di alcune di quelle anomalìe dell'antico sistema che hanno ceduto a disposizioni migliori, benchè ancora molto lontane dal perfetto.

L'antichità può difendersi dalla censura che meritano le ipoteche *tacite legali* coll'esempio di una legislazione moderna, che camminò alla testa di questo nuovo ordine di cose, eppure non dubitò di lasciare quel lato oscuro in mezzo alla luce che sparse nel mondo economico. Ma ciò che è un gran difetto nelle istituzioni moderne, bisogna contarlo come un progresso d'ordine morale e di civiltà presso gli antichi, allo stato in cui si trovava allora il sistema. Più volte abbiam dovuto osservare che la parte più trascurata della istituzione ipotecaria antica è la sistemazione economica del Credito, assolutamente incompatibile colla ignoranza dei vincoli ipotecari. Quella giurisprudenza si restrinse a regolare nella costituzione del diritto ipotecario i rapporti dell'interesse privato, e riuscì eccellente. Ma nei tempi nuovi della legislazione (quella dell'Impero cristiano) la ipoteca fu volta anche in vantaggio della moralità pubblica e del bene generale. Questo pensiero fu per noi accennato nel §. X. N. 2. La Ipoteca tacita legale apparve allora

---

(*a*) Lazarius C. 18.

(*b*) Straccha de decocto P. 4. dello Statuto di Firenze. V. il Castrense Cons. 179. Lib. 2. e di quello di Lucca l'Altogrado Cons. 95.

Digitized by Google

quasi manto protettore steso dal Principe sopra certe posizioni morali, che avevano avuto un gran favore di parole dagli umanitarî anteriori; ma solo allora ebbero un efficace soccorso. Primeggiò per conseguenza la causa delle doti. Ma nel rispetto del Credito pubblico, di quello cioè che domanda di riposare tranquillo nella convinzione che non sarà soverchiato da diritti ch' egli non abbia già calcolati, non poteva certo giovare il favore nuovamente impartito a certe classi e a certe istituzioni privilegiate. Il sistema dei privilegî, sempre sotto questo rispetto considerato, è retrogrado a rigor di parola; come una ferita, è la soluzione della continuità. Il privilegio occulto è lo spavento del Credito. Che altro era la presunzione dell' anteriorità del creditore privilegiato se non un vero anacronismo colorato da una bugia legale? (*a*). In fatto è che quando la causa della dote concorreva con quella del privato, benchè il costui credito fosse manifestamente anteriore, e da pubblico istrumento certificato, il titolo dotale vinceva sempre (*b*). E siccome non

---

(*a*) Sarebbe stato più onesto dire che il privilegio prevale alla ipoteca semplice, benchè anteriore, di quello che presumere un' anteriorità che ad occhi aperti si vedeva non esistere. Giacchè la *presunzione* avrebbe potuto esser vinta qualche volta dal fatto contrario; ma la regola era costante malgrado ogni evidenza di fatto diverso. Negusant. de pign. P. 5. M. 2. N. 45. Pacific. de Salv. interd. Insp. 3. c. 2. N. 432. Merlin. de pign. L. 4. T. 1. Qu. 4. N. 24. Onde persistendo nella finzione, si allegava la legge in ambiguis 71. D. de reb. dub.

(*b*) Alcuni tennero che la ipoteca dotale fosse posposta a quel creditore ipotecario che potesse esibire un istrumento di data anteriore in cui *l' ora* si vedesse precisata; fra gli altri Pacific. de Salv. Insp. 3. c. 2. N. 417. Barbosa in L. 1. p. 2. D. solut. matrim. Gratian. C. 742. Merlin. de pign. L. 4. T. 1. qu. 4. Ma è un errore. La L. assiduis 12. Cod. qui potior in pign. non ammette dubbio. *Sancimus ex stipulatu actionem quam mulieribus jam pro dote instituenda dedimus, cuique etiam tacitam dedimus HYPOTECAM, potiora jura contra omnes habeant mariti creditores, LICET ANTERIORES sint temporis privilegio vallati.* V. anche Domat Lib. III. T. I. Sez. V. Pothier Lib. XX. Pand. Sez. I. art. IV. N. XXIX. Gothofred. ad d. L. assiduis. Doveva però, com' è noto, constare della numerazione.

Digitized by Google

vi avea cosa più comune di un matrimonio e di una Ipoteca dotale, non vi era creditore ipotecario che potesse tenersi assicurato in codesta sopraffazione del diritto di famiglia, che sarebbe venuto una volta o l'altra a turbare i suoi calcoli. Poichè a niuno sfugge che non c'è comparazione a fare tra la invasione della nostra ipoteca tacita-legale con quella che Giustiniano aveva largita alla moglie nell'esuberanza della sua tenerezza femminile. Alla fine la data della ipoteca muliebre oggi è fissata dal matrimonio o dall'istrumento dotale, e rispetta le anteriorità acquistate (*a*).

§. XXXVI.

Riepilogo della Parte II. del discorso preliminare.

Mi sono proposto di fare un racconto, anzichè presentare una dimostrazione di principî; e in generale si è dovuto convenire che quantunque il gius costitutivo del Pegno sia stato mirabilmente determinato dalla sapienza antica (§. XV.) l'ordinamento esteriore della Ipoteca, profondamente difettoso (§§. XVI. a XXII.) legittimava un disordine economico che guastava le molle del Credito, e spandeva largamente la sua funesta influenza sullo stato sociale. Benchè l'assetto giudiziario fosse assai compatto e robusto e poco dissimile dal moderno (§§. XXIII. a XXVIII.), il sistema delle immissioni pretorie e giudiziali non aveva il pregio nè della semplicità nè della prontezza (§§. XXIX. XXX. XXXI.) l'azione ipotecaria era quasi assorbita dall'Interdetto Salviano che ritraeva tutto il pesante e l'oppressivo dell'antico sistema di occupazione giudiziaria (§§. XXXII. XXXIII.); laddove il Concorso dei creditori sul pegno comune, sentiva necessariamente il contraccolpo della intrinseca imperfezione dell'ordine prelativo.

Scritta questa nota, trovo con piacere che il ch. Chiarabelli Introduz. §. VI. p. 20. nota 3. ha adottata questa credenza — Egli dice, *parmi concludente il testo della suddetta legge assiduis.* A me sembra decisivo.

(*a*) A suo luogo la trattazione dei privilegî delle Cause Pie, del fisco ecc., come degli altri privilegî, per non ripetermi, rientrando tale discussione nel vivo della materia di attualità.

Digitized by Google

PARTE TERZA

§. XXXVII. — *Vicende politiche in Italia dopo la caduta dell'Impero.*
§. XXXVIII. — *Conservazione dei Municipî sotto i re barbari.*
§. XXXIX. — *Il diritto romano è sempre stato in vigore in Italia, non esclusi i secoli barbari.*
§. XL. — *Le personalità nazionali in Italia cessarono e si confusero per effetto del feudalismo.*
§. XLI. — *Le legislazioni romana e germanica considerate nei loro principî.*
§. XLII. — *Come le legislazioni romana e germanica, trovatesi in presenza, si modificassero.*
§. XLIII. — *Dell' ordinamento territoriale adottato nell' interesse dei Signori feudali, preludio della moderna Ipoteca.*
§. XLIV. — *Primordî della pubblicità ipotecaria.*
§. XLV. — *Nella repubblica di Venezia.*
§. XLVI. — *In altri Stati italiani.*
§. XLVII. — *Dello stesso argomento.*
§. XLVIII. — *Delle legislazioni italiane nel secolo decimoterzo.*
§. XLIX. — *Assetto ipotecario in Francia prima delle leggi di Messidoro nei paesi di diritto scritto.*
§. L. — *Assetto ipotecario in Francia prima della legge di Messidoro nei paesi consuetudinarî.*
§. LI. — *Del sistema di purgazione ipotecaria secondo l'editto del* 1771.
§. LII. — *Leggi* 9. *Messidoro anno* 3.° *e* 11. *Brumajo anno* 7.°

Digitized by Google

§. XXXVII.

Vicende politiche in Italia dopo la caduta dell' Impero.

1. Caduto, sulla via di una immortalità che i suoi grandi uomini aveano sognata, l'Impero romano, durarono le leggi, continuando la loro marcia trionfale attraverso i secoli. Il diritto *romano*, col quale predicato viene semplicemente indicata la nazionalità a cui appartiene, buon tempo dopo la disfatta dell' Impero, cominciò ad appellarsi diritto *comune*, quasi punto d' unione e vincolo federativo delle nazioni.

I popoli barbari, che, l' un l' altro incalzando, invasero l'Italia nel V. e VI. secolo, finirono coll' assimilarsi ai nativi e confondersi, ritemprando col sangue nordico la fiacca stirpe dei romani degeneri che assistevano senza dolore e senza fremito alla ruina della patria. Per esser giusti, conviene tener conto di alcuni grandi sforzi e di alcune illustri vittorie, come quella di Ezio contro Attila: ma piuttosto barbari contro barbari, che romani contro barbari, combattevano le estreme battaglie.

Alcune di quelle invasioni furono purtroppo sterminatrici, come quelle dei Goti e degli Unni, ma passeggere. Tutte, com' è della natura loro, oppressive; ma, convertite in occupazioni stanziali, formate le alleanze famigliari e mescolati i sangui, ne uscì una gente nuova, che di alacrità e di valore, nei commerci e nella guerra, primeggiando ancora per alcuni secoli fra i popoli europei, parve mantenere all' Italia il retaggio della grandezza antica. Inutilmente forti nel numero, indifesi dal governo imperiale già disfatto in Occidente, e in Oriente travagliato e lontano, impotenti ad attingere il coraggio della resistenza dalla coscienza politica o religiosa, avevano nonostante una triplice forza da opporre agl' invasori; la civiltà, l' organismo municipale, e la legislazione.

Civiltà imperfetta perchè ancora in gran parte pagana, non potendosi concepire civiltà vera fuori del cristianesimo. Tuttavia gli allettamenti del vivere agiato, la cultura degli spiriti, la bellezza dei campi, la clemenza del cielo, il prestigio del nome romano,

Digitized by Google

di grado in grado ammollivano i barbari, e ne trasformavano la innata ferocia.

Ma vinse sopra tutto la divina potenza del cattolicismo. L'ultima ora del paganesimo era suonata. Dio, che si vale di mezzi straordinarî, aveva fatto germogliare la Fede in fondo a quei cuori che sembravano inaccessibili a ogni sentimento d'umanità. Nel paese che aveva udita la parola di s. Ambrogio, il cattolicismo si stabilì solidamente sotto i re barbari. È dovuto al cattolicismo se la virtù guerriera non veniva a consumarsi vilmente nel seno di una società molle e corrotta; o se una tale società non fosse a così dire strozzata dalla forza brutale. Una fede riuniva gli spiriti, e malgrado le ire politiche, manteneva l'equilibrio fra elementi di così opposta natura. Ma l'opera della unificazione era ben lunga; lontano ancora il suo compimento.

§. XXXVIII.

Conservazione dei Municipî sotto i re barbari.

1. Siamo fatti certi dalle moderne istorie che le invasioni non alterarono l'assetto municipale, che era la parte meglio ideata, come io penso, della costituzione romana. I popoli, o a dir meglio, i soldati germani, gettatisi sull'Italia settentrionale, s'impadronirono di un terzo del territorio; ma, o contenti della conquista, o incapaci di nuovi ordinamenti, lasciarono sussistere l'organismo municipale quale lo trovarono. Il gran Teodorico, nel breve e glorioso suo regno, non pensò certamente a distruggere il règime dei Municipî. La percezione del terzo dei frutti naturali, sotto il mite reggimento gotico acquistò il carattere di una imposta fondiaria, senza perdere i vantaggi di quella specie di associazione *(Tertiarum Deputatio)* che, se si deve credere alla veramente grave testimonianza di Cassiodoro, aveva sistemato gl'interessi e rappacificati gli spiriti *(possessiones junxerit et animos)*. Il modo, i tempi della percezione, non escluse le imposizioni personali, erano coordinati al sistema romano delle imposte; nè rare volte il governo mitigava il rigore dell'esecuzione. Quello che si chiama adesso il personale della magistratura, era ordinariamente romano; romane

Digitized by Google

le forme e gli appellativi delle dignità: *senatori*, *governatori delle provincie ecc.*

2. Si comprenderà facilmente che l'assetto municipale si mantenne sotto il dominio greco succeduto a quello dei Goti. Questo avvenimento si riferisce al tempo di Giustiniano (*a*), di cui ci resta la *sanctio pragmatica* sull'amministrazione della ricuperata Italia (*b*). Fra le altre prove, si citano come supreme, le lettere di s. Gregorio Magno che pontificò dal 590 al 604 (*c*): ma non vedo come sì patente verità potesse revocarsi in dubbio, poichè il vincitor greco, che si chiamava imperador romano, aveva cagioni per conservare e non per distruggere il sistema romano.

Ma non tardò la scesa dei Longobardi; i greci vennero respinti a quelli che possiamo chiamare i loro antichi confini, all'Esarcato e alla parte inferiore d'Italia. I Goti parevano spariti, la loro fusione cogl'indigeni era completa; i Longobardi imitarono il costume dei primi conquistatori; posero la mano sulle terre, l'unica forma sotto cui si presentava la ricchezza, l'hospes (il romano) tornò a dividere le rendite col suo vincitore, cedendogli il terzo. È stato detto che i nativi acquistarono miglior condizione di vita sotto l'impero dei Longobardi (*d*): chè se pesava sovr'essi l'oltraggio del dominio straniero, a cui dopo tante rivoluzioni erano già mansuefatti, gl'interessi materiali parvero meglio protetti che innanzi nol fossero; essi conservarono la personale loro libertà, e la proprietà delle loro terre. Argomenti potentissimi provano la

---

(*a*) La riscossa dei greci non avrebbe avuto il suo compiuto effetto che nell'anno 555. Muratori annali d'Italia T. III.

(*b*) Sarebbe meritevole di commento quella costituzione di Giustiniano che contiene assai notevoli avvenimenti politici. Partendo dal fatto che la nazione italica era già commista colla straniera in modo che non sapeva più separarsene, nella *sanctio pragmatica* egli tentava una specie di ermeneutica politica fra l'elemento germano e nazionale, opera che non era a portata della *diplomazia* di quei tempi, ma che onora nonostante il genio di Giustiniano.

(*c*) Savigny Storia del Diritto Rom. nel medio evo Tom. II. Cap. V. N. 108.

(*d*) Lupi Codex diplom. L. I.

Digitized by Google

esistenza dei municipi secondo la costituzione romana anche sotto il regno dei Longobardi; nel secolo duodecimo, i municipi emersero dall'oscurità che li tenne coperti per alcuni secoli; sostennero le guerre italiche, e svilupparono le numerose repubbliche del medio evo (*a*).

§. XXXIX.

Il diritto romano è sempre stato in vigore in Italia, non esclusi i secoli barbari.

1. I danni delle invasioni furono certamente terribili, ma colpirono piuttosto gl' individui che la nazione, la quale constando di una immensa maggioranza (essendo fuori di dubbio che gl' invasori furono proporzionalmente in piccol numero) non si potè o non si volle distruggere. Lasciata vivere la popolazione antica, non è maraviglia se i barbari perdonassero anche alle leggi da cui la trovarono governata, essendo loro più agevole disfar gli uomini che le leggi, per la difficoltà di crearne delle nuove; opera a cui non bastava l'età rozza e selvaggia (*b*). Per vero nessun' altra epoca storica mette a fronte popoli di stirpe e costumi così opposti, viventi in pace sopra un medesimo territorio, con una costituzione politica e giuridica, mista ma ne' suoi elementi distinta, e svolgentesi ordinatamente nel campo pacifico della discussione legale.

(*a*) Muratori An. Ital. Tom. 1. Diss. 5. 8. 10. Tom. V. VI. Script. T. X. Lupi Cod. diplom. Bugom. Paulus Diaconus Hystor. Longob. Marculf. formul. Maffei Verona illustrata T. I. Roth. de Re municip. Roman. Raccolta di Canciani. Procop. de bello Ghot. Lib. I. Cassiodor. Var. I. II. III. VII. XII. Marini, Papiri; Fleury Histoire du droit Francois. Savigny Stor. del dirit. rom. nel medio evo.

(*b*) Teodorico, anima romana per la grandezza dei concetti e delle imprese, nell' Editto fece un capolavoro di politica, secondo i tempi; ma regolando i diritti internazionali fra i popoli misti (Edict. Theod. Prolegom.) fondava le sue disposizioni sui grandi principii proclamati dal diritto romano. Cassiodor.

Digitized by Google

2. La coesistenza dei due Diritti, germanico e romano, e la loro efficacia relativa ebbe la sua sanzione legittima, non solamente nell'uso, ma in moltiplici costituzioni sotto l'impero dei Longobardi (*a*). I romani vivevano col proprio diritto non comunicabile a veruno di nazione straniera, laddove ogni estero, anco non Longobardo o non germano, doveva ubbidire alle leggi longobarde. Onde avvisa il Savigny, che il diritto romano dovesse reputarsi al tutto personale perchè inerente alla qualità di romano, laddove la legge longobardica, estesa a tutte le nazionalità non italiche, aveva carattere di territoriale. Le vittorie dei Carolingi confermarono nei nativi romani e nei Longobardi il possesso del loro gius; ma posero ordinamento che anche i Franchi e gli Alemanni godessero le stesse prerogative; che ciascuno cioè fosse trattato secondo la legge vigente nel suo paese. Non è da noi discorrere come si potessero nettamente applicare codesti diritti nel multiforme aspetto con cui potevano presentarsi le personalità giudicabili; tuttavolta bisogna convenire, che l'azione di quella costituzione politica procedeva meno impacciata di quello che potrebbe credersi, giacchè in generale le leggi longobarde avevano tale una impronta di risoluzione e di chiarezza che preveniva e tagliava molte quistioni (*b*). Merita di essere ricordato, che gli ecclesiastici si tennero sempre

(*a*) L. Ripuar. Tit. 31. 36.
L. Luitprand. VI.
L. Rotharis 390.
Cancian. gloss. V. I. N. 271.
L. Burgund. Prol. T. 55. §. 2.

(*b*) Per esempio la nascita determinava il diritto; l'elezione del diritto era accordata ai chierici, alle donne maritate, ad alcune nazioni ed ai liberti. Muratori Antiq. Ital. T. 22. Savigny Cap. III. fonti del diritto dei nuovi stati germani. La opinione però che questo sommo filologo ha proclamata, e, come pare, provata, ha molti oppositori, fondati principalmente nella costituzione di Lotario dell'824. Fleury Hist. du Droit francais §. 1011. Heinec. hyst. juris rom. et germ. Lib. 1. C. 6. Lib. 2. C. 1. Si crede oggi di potere stabilire che quella costituzione non riguardasse che Roma e il suo ducato. Questione remota dal nostro soggetto.

Digitized by Google

fedeli al diritto romano; onde *romani* solevano ordinariamente appellarsi. Non corre dubbio ch' essi in tanto seguissero quella legge quanto fosse in relazione al diritto canonico. La decisa superiorità intellettuale del clero, la potenza e venerazione del corpo a cui apparteneva, certo contribuirono assai a mantenere in onore appo gli stranieri, e in osservanza nei nazionali, il diritto romano (*a*).

3. L' abolizione dei diritti personali che fu conseguenza del nuovo assetto politico che si organizzava sotto la forza unificatrice del feudalismo, non recava con se quella del diritto romano. Sono testimonî autentici della sua perpetua esistenza i tanti documenti che lo studio paziente degli archivî ci ha rivelati in questi ultimi tempi. La famosa scoperta del manoscritto delle pandette in Amalfi, e la donazione fattane da Lotario II. ai Pisani, oggidì è considerata come una invenzione di Sigonio. Potrebbe anco ammettersi il ritrovamento del mss., nè perciò sarebbe lecito inferire la dissuetudine del diritto romano, e il suo rinascimento quasi frutto di quella scoperta. Neppure forzando la immaginazione, si potrebbe pervenire a questa conclusione. È fuori di contesa che il diritto romano aveva vigor di legge presso i Longobardi; e quando si voglia sostenere ch' esso cadde in obblìo, codesta deroga di fatto doveva necessariamente essere preceduta da una deroga di diritto che certamente non fecero i re francesi, vincitori dei Longobardi sullo scorcio dell' ottavo secolo. Ora io dico, che fra la discesa di Carlo Magno e l' assedio di Amalfi è troppo breve lo spazio, perchè s'abbia a dire abolito, dimenticato, e divenuto così vieto il diritto romano, che il ritrovamento di un mss. delle Pandette fosse come un risuscitarlo dalla morte e dall' obblìo. E questo parmi supremo argomento. Intanto il diritto romano estendeva il suo dominio oltre

---

(*a*) Le leggi criminali erano d' ordinario imposte dai signori dominanti; fiere e soldatesche, solite a trasmutare in ammende pecuniarie tutte le pene; parziali e diverse in quanto si applicassero ad un romano o a un longobardo, a un nobile o a un plebeo, sono lo specchio dei tempi; e giustamente chiamate barbare, non seguono alcuna nozione di diritto, nè misura razionale, nè proporzione morale; laonde quando parliamo di diritto romano, bisogna intendere semplicemente il diritto civile.

Digitized by Google

l'Alpi (a), in Francia, Germania, Spagna ecc., e fu chiamato comune. Supposto l'interrompimento della tradizione giuridica, come potrebbe spiegarsi o la continua e crescente propagazione di esso per tutta Europa, o lo svolgimento scientifico che conseguì, specialmente a Bologna, dopo la pace di Costanza?

§. XL.

Le personalità nazionali in Italia cessarono e si confusero per effetto del feudalismo.

Trapiantata dalla Germania, e solidamente stabilita in Italia la istituzione feudale, notai come le distinzioni delle prerogative nazionali sparissero, e un solo popolo si formasse. Nè pertanto il diritto romano andò in bando dal patrio suolo, che anzi diveniva il subbietto e il grandioso tema dei più illustri ingegni dell'epoca, e la base del risorgimento degli studi. È vero però che la feudalità che tutte cose assorbiva nel suo possente organismo, molto influì eziandio sulla legislazione del paese, anche scaduta di autorità e di forza, perchè le idee vivono più degli uomini, e gli effetti delle istituzioni più delle istituzioni stesse. Io ebbi occasione altra volta di tracciare alcune linee sul sistema feudale (b), e me ne chiarii in qualche modo difensore in quanto fosse, pei tempi che correvano, per il pericolo di universale anarchìa di cui era minacciata la società, l'unica istituzione forse che potesse salvarla dal naufragio, a condizione però che sapesse ricondurla a riva di una civiltà che i tempi e le cognizioni avrebbero senza dubbio, dopo un certo ricorso provvidenziale, recata all'umanità (c). Codesto che oggi vuol chiamarsi elemento germanico, introdotto nella

---

(a) Heineo. Hystor. jur. rom. Flenry Histoir. du droit franc. §. 6. e segg. *Diritto scritto*. Bosellini Legis. Ipotec. Modena 1844. Proemio §§. 49. 50. e segg.

(b) Il contratto d'enfiteusi. Prefaz.

(c) Ho trovato il dottissimo Lodovico Bosellini convenire in questa idea. Proemio alla Legis. Ipot. §. 33.

Digitized by Google

legislazione nazionale, è fuori d'ogni dubbio tema assai nobile e degno di esser avvertito, in un prospetto storico. Io che mi accorgo di aver passati i confini, debbo starmene contento a pochi cenni. Cosa che non voglio starmi dall'osservare, si è quel processo che può dirsi naturale al Feudo. Nel suo paese nativo si eleva sulle ruine di una libertà impossente perchè sregolata. Nei paesi di conquista si pianta sulle ruine delle libertà nazionali sperperate dalla vittoria. Aristocrazia guerriera; per posizione sociale, intermedia; superiore per la forza; s'impadronisce degli elementi del Potere che fermentano ai suoi estremi opposti, del popolare e del monarchico. Ma la sua esistenza è fenomenale; non può durare perchè la sua composizione non è omogenea; la civiltà lo indebolisce; la democrazia e la monarchia si uniscono a combatterlo; ed egli propriamente non è stato nemico dell'una o dell'altra; le ha raccolte deboli e impotenti, e le ha restituite alla società, forti di un nuovo vigore ch'egli stesso, il feudo, ha loro somministrato nella lunga elaborazione di tutti questi elementi (*a*).

(*a*) Pare che il primitivo governo conosciuto in Germania, fosse repubblicano. Il territorio diviso in regioni, era governato da Conti con podestà militare e civile. Il potere giudiziario era indipendente, e i Conti non vi avevano giurisdizione. Le leggi e le risoluzioni importanti appartenevano alla universalità della nazione, e propriamente *agli uomini liberi*. La nazione in questi elementi si tripartiva: nobili: uomini liberi: non liberi. Il feudo piantò la propria costituzione compatta e gerarchica su questa democratica e sciolta. Meyer, parlando della Inghilterra, nota che una specie di associazione o di mutua guarentigia formava come a dire il fondo delle primitive società germaniche; organizzazione che distinse specialmente i primordi della società Anglo-Sassone. Incompatibili col sistema di feudalità e di vassallaggio, le istituzioni relative, come le decanìe, subirono un completo rivolgimento dall'influenza feudale.

Digitized by Google

§. XLI.

Le legislazioni romana e germanica considerate nei loro principî.

1. Le legislazioni primitive 1.° sono la espressione dei bisogni più pressanti, e le formule scritte di consuetudini che di lunga mano anticiparono l'opera del legislatore 2.° sono incomplete, perchè prive di ogni arte sistematica, e formate in gran parte per via di sovrapposizioni, secondo il presentarsi delle più incalzanti necessità sociali 3.° non si propongono che di sistemare certi ordini fondamentali ove l'elemento politico è profuso, e largamente preponderа sull'elemento razionale e civile.

2. Quei caratteri bisogna riconoscerli comuni alla legislazione romana e germanica, in quanto erano primitive.

3. Ma quando l'uomo si accosti a farne lo speciale confronto, gli si apre innanzi un vasto campo di osservazioni.

4. Il romano si discerne dagli altri popoli per una originalità sua propria. D'ordinario noi vediamo i popoli gettati sulla superficie della terra nelle tenebre dei tempi, dopo certi incommisurati periodi, ordinarsi in politici e civili reggimenti, come in Germania intervenne. Roma crea sè stessa: il suo nascimento è nella luce della storia; essa ha due legislazioni, una politica; una civile: questa si viene svolgendo, come tutte le altre, dai costumi e dai bisogni nel giro dell'ordine privato; ma la prima non risente la influenza del passato; non è modificata dalle tradizioni, e nasce potente da un concetto nazionale; armata, come nacque Minerva.

5. L'idea greca, trasportata nelle Dodici Tavole (*a*), riceve sotto la mano vigorosa dei legislatori di Roma un'attitudine tutta nuova. In quella nervosa concentrazione di tutta la politica dello Stato, ogni altra idea legislativa che al vivere civile appartenesse, si vede fatta ancella del principio costituzionale che tutto domina ed assorbe. La famiglia non è altro che il primo degli elementi della

(*a*) Sigonio de antiq. jure italic.

Digitized by Google

costituzione; considerata dal legislatore sotto l' aspetto politico, non contiene che una persona: il padre: perchè questo solo è capace dei diritti politici: le donne, i figliuoli, enti impersonali, non esistono che in lui. L' uomo libero è di una natura superiore, ed ha lo schiavo in dominio; egli è chiamato libero soltanto perchè ha il diritto d' opprimere. Questi dominatori sono a lor volta dominati dallo Stato: la patria domina tutti, come una deità inesorabile; e il romano domina il mondo, giacchè a lui solo è il gius quiritario che suona proprietà; al resto degli uomini, per quanto gira la terra e splende il sole, il semplice gius *bonitarium*: quasi usufruttuari, possessori momentanei tollerati e reversibili. In questa piramide di dominî si erigeva la costituzione del popolo romano; organismo potente quanto la sua spada (*a*).

6. Se la idea politica discendesse nelle leggi, e vi lasciasse l' impronta, si manifesta in tutti quegli atti civili che involgono l' ordine politico: patria podestà, emancipazioni, testamenti, azioni, giudizî: onde i riti solenni, i miti, le formule, tutto quell' apparato di simboli che la posterità leggiera deride, e sono altrettante guarentigie conservatrici che la sapienza dei legislatori trovò per imprimere nella immaginazione de' popoli rudi con quella specie di culto esteriore un sacro rispetto alle leggi.

7. Ora alcuna cosa facendomi a dire della costituzione germanica, ho notato col Meyer (§. XL. nota) che la feudalità svolgevasi da governi liberi e popolani; i quali però si vogliono tenere d' altra natura da quelli delle repubbliche più inciviliti, Atene, Roma, Firenze. Nelle quali democrazie, corrette da statuti e da leggi ordinate secondo i tempi, l' elemento razionale sovrabbonda

(*a*) L' avv. Bosellini, uno de' più zelanti e felici cultori della scienza, alla cui preziosa amicizia sono debitore di molti materiali, consigli, e lumi, disse a ragione quella raccolta di leggi essere al diritto universale, ciò che furono gli *statuti* ai codici moderni che abbracciano, o almeno fanno stima di abbracciar tutto il diritto. Temi Toscana 1848 pag. 130. 131. Non so se io mi sia apposto al vero, segnalando nel gius decemvirale un profondo avvedimento politico.

Digitized by Google

laddove in quei reggimenti primitivi può soprattutto la forza (*a*). Laonde parve transizione naturale il costituirsi di una gerarchia militare, quasi dittatura perpetua, che solo poteva tenersi unita e guidare la nazione in quelle guerre in cui popoli si rovesciavano sopra altri popoli; e si spostavano, a così esprimermi, le nazionalità. Il feudalismo, meno sapiente della costituzione romana, aveva attitudini assai più vaste: questa bastava a quel solo popolo e non era fatta che per quello; l'altro abbracciò l'Europa. Nell'ultimo conto non era che un potere militare, compatto quanto è possibile, il cui codice non conteneva che due leggi: fedeltà e valore. L'età cavalleresca infiorava questi canoni rigorosi colla poesia di un culto d'amore, pel quale il valore era un mezzo e la fedeltà una giustificazione. Le quali due virtù congiunte producevano un risultato che si chiamava — Onore — che giusta quei principî, avea un non so che di superstizioso e di trascendente. Così nell'amor casto e protettore della donna si ricopiava l'omaggio e il culto del vassallaggio: specie di abrogazione della personalità propria, immolata alla idea di un dovere. I tempi eroici passarono; lo spirito cavalleresco cessò; l'organismo feudale per l'acciaio, mi si permetta la parola, di cui era formato, visse ancora vita diuturna; e lasciò in tutte le leggi dell'epoca quelle forti impressioni di cui daremo qui alcuni cenni brevi.

§. XLII.

Come le legislazioni romana e germanica, trovatesi in presenza, si modificassero.

1. Se le leggi politiche dei romani furono caratteristiche, ed esclusive; le civili portarono a tutte l'età la face della sapienza giuridica « Roma è il mondo del diritto » (*b*). Leggete Ulpiano; esso

---

(*a*) Tacit. de mor. german. c. 9.

(*b*) Mi compiaccio ripetere questa frase di una celebrità germanica che non ha mai sentito troppo entusiasmo pel diritto romano — Thibaut. Dottrina del Codice fr. §. 10. nota *a*.

Digitized by Google

vi dirà la grandezza della scienza che abbraccia tutte le cose umane e divine. Quel concetto sublime volò sulle ali delle aquile vittoriose, e riempì la terra. L'idea feudale, che è il trionfo momentaneo della forza organizzata fra le ruine, quanto scapita al paragone! Considerato pertanto il diritto romano come la ragione universale, potrà dirsi senza improprietà che le leggi, in ogni tempo sopravvenute, non furono che una modificazione di quello. Tutte le nozioni che si formularono in istituzioni nel seno della giurisprudenza comune, hanno quel carattere di energia, di risoluzione, e di concentramento che rivela l'origine feudale da cui discendono. L'enfiteusi pazionate, le successioni mascoline, i maggioraschi, le primogeniture, i fidecommessi, le sostituzioni d'ogni maniera, molte fra le prelazioni legali, sono prole di feudo; e correzioni insieme del diritto comune. Il quale aveva fondata la istituzione enfiteutica su larga base onde giovasse alla cosa agraria, senza soverchio impaccio della circolazione; le successioni partecipava ugualmente ai maschi e alle femmine, secondo gli ordini di natura; adottò è vero nei testamenti le forme sostituzionali che mirabilmente distinse e definì; ma era riserbato all'epoca feudale l'abusarne sino a diventare la idea fissa e il punto di partenza di tutti i testatori. La prelazione ipotecaria e quella del padron diretto, sono nel diritto romano nozioni prime sulle quali si stabiliscono due istituzioni immortali; da ogni prelazione impacciante e bastarda quei prudenti si astennero. Giunta l'êra novella dei codici cosa si è dovuto fare? abbattere quelle superfetazioni del corpo feudale; distruggere quei privilegi, quei diritti eccessivi, o per lo meno modificarli e correggerli: tornare insomma al sistema romano.

2. Mentre i Municipî, avversarî naturali della feudalità, atteggiavano i loro statuti a codeste idee signorili, la legge Canonica moralizzava la giurisprudenza. Esso passò, a così dire, accanto la feudalità senza urtarvi; perchè quasi tutte le modificazioni feudali, riflesso del principio politico che può riassumersi nel concetto di dominio, riguardavano piuttosto i rapporti civili che i morali: il diritto canonico intese la sua missione, e d'ordinario non si occupò che di questi. Onde la sua benefica influenza purgò tutto quello che di pagano si conteneva nelle leggi romane. Fondò il tribunale della coscienza che i giureconsulti romani avevano indovinato

Digitized by Google

nella quistione di possesso, della restituzione dei frutti e della prescrizione, ne perfezionò le norme togliendole da più alti principî, e infuse in tutte le membra del diritto quello spirito d'equità che lascia ogni traccia convenzionale per uniformarsi alla giustizia di Dio (a).

§. XLIII.

Dell' ordinamento territoriale adottato nell' interesse dei signori feudali, preludio della moderna Ipoteca.

Fra tanti scuotimenti politici e legislativi, l'Ipoteca sino a un certo tempo rimase stazionaria. Essa non era compresa: il romano non sollevò la istituzione all'altezza del suo scopo sociale: nè la rigenerazione del Credito poteva aspettarsi dal barbaro. Come diritto d'ordine semplicemente privato, e giacente troppo in basso, non fu colpìto dalle grandi rivoluzioni politiche. Lo spirito feudale non poteva nutrir simpatìe per siffatta istituzione. Contuttociò quella possente organizzazione ebbe nell'interesse proprio avvisato ad un sistema, che se non produsse direttamente lo sviluppo della idea

---

(a) Il Meyer che si propose le istituzioni giudiziarie dei principali popoli d'Europa, dimenticò quelle dell'antica Roma, pur tanto interessanti, come dimostrano e Giraud: Recherches sur le droit de propriétè chez les romains; Leboulaye hystoire de la proced. civil. chez. les romains trad. de Welter; Hugo Histoire etc. Savigny Droit romain etc. dimenticò quelle della moderna Roma, ove siede quel gran tribunale che è la S. Rota, celebre per tutto il mondo, invocato anche dagli stranieri nelle più importanti controversie. Fece ancor peggio: del diritto canonico parlò con un dispregio che non par credibile in un autore di sì eminente ingegno e sapere, e dopo avere ammesso *che il diritto canonico divenne regola generalissima della procedura in tutta Europa.* Introduzione. — Ediz. Pratese 1838. Traduz. del Vecchj pag. XXXVIII. In generale fra gli *Stati principali* d'Europa, non gli parve dover annoverare l'Italia di cui non fece quasi parola; tutta la ricchezza giuridica collocando oltre l'Alpe. All'obblio o sconoscenza dell'olandese a noi basti l'opporre i lunghi studî, e le grandiose opere dei suoi connazionali di settentrione sul diritto romano.

Digitized by Google

ipotecaria, vi avrìa prestata solida base qualora se ne fosse intesa la utilità, e l'uso che se ne poteva fare. E in effetto contribuì non poco per dare all'ipoteca una piega inusata, e convergente alle nuove idee, come vedremo nel §. seguente. L'interesse delle investiture e delle prestazioni reali consigliò un ordinamento per il quale in pubblici libri tutto il territorio feudale si descrivesse: immenso catasto che doveva scendere alle più minute particolarità del suolo onde adattarvi le partizioni censuali e laudemiali, e i limiti delle investiture, senzachè sarebbe stato inutile. A ciò furono istituite le Curie, custodi dei libri signorili, ciascuna delle quali aveva un ripartimento, come sarebbero oggi i nostri uffici del Censo.

Nè bastando descrivere la proprietà senza i suoi movimenti e le sue affezioni, ne venne che ogni proprietario soggetto al feudo dovesse far manifeste le traslazioni della proprietà; similmente le servitù, le ipoteche, e gli altri oneri e vincoli reali: tradizione nata dalla legge Salica, e quindi molto antica (*a*). Quasi tutto il settentrione d'Europa adottò questo sistema.

§. XLIV.

Primordi della pubblicità ipotecaria.

La sistemazione della Ipoteca interessava specialmente il terzo-stato, che colle maggiori intelligenze possedeva le maggiori ricchezze. Che se in Francia il terzo-stato acquistava sotto Filippo il Bello una importanza nuova (*b*), in Italia si era sollevato in maggior grado, e molto prima, cioè colla pace di Costanza. Allora cominciò la potenza dei Municipî o delle città che sul declinante pendìo cominciò a spingere di tutta forza quella del feudo. Un buon sistema ipotecario ha mestieri di riposare sopra il fondamento dei catasti, sulla esatta cognizione cioè delle proprietà e delle sue intrinseche affezioni; e questo fu difatti il procedimento ben naturale

---

(*a*) Heinc. Elem. juris german. Lib. 2. Tit. 3.

(*b*) Mably. Osservaz. sulla storia di Francia Lib. 4. Cap. 3.

Digitized by Google

dello spirito riformatore. Un vago e tormentoso bisogno di sapere e veder chiaramente, come in un prospetto accessibile a tutte le inchieste, il gran quadro delle proprietà immobiliari, si venne manifestando dopo quel tempo nei reggimenti italici, qual ne fosse la forma: primo e grande fomento di pubblicità che si venne vigorosamente estendendo agli atti e contratti: quanto dire ai titoli estrinseci che stabiliscono la derivazione e il cammino della proprietà: in altre parole, la sua storia. Ecco la Istituzione *degli Archivj*. La ipotecaria andava pure sorgendo, animata da una idea nuova che in progresso doveva riempiere il mondo giuridico.

§. XLV.

Nella repubblica di Venezia.

1. Nel 1242., per moto del Doge Tiepolo, si ordinò in Venezia la prima compilazione degli statuti. E assai per tempo fu da quei savî sentito il bisogno di regolare il movimento delle proprietà terriere, e di pubblicarne le affezioni onde preservare i diritti dei terzi che dalle occulte alienazioni potessero patire disagio. Posero adunque legge, che le alienazioni degli stabili non potessero praticarsi che coll' intervento e assistenza di appositi magistrati, chiamati giudici *Esaminatori*. Dovevano essere precedute da una proclamazione solenne e ripetuta per le strade e per le chiese della città, invitati coloro che stimassero di aver diritti su quei beni, a esporre i loro richiami. Era stanziato altresì che, dove alcuno desiderasse di vendere e, non avendo pronti compratori, implorasse dal Doge la facoltà di volontario incanto, previa la stima sorvegliata dai giudici esaminatori, e dove non si offerisse prezzo conveniente, la repubblica acquistasse lo stabile col ribasso sulla stima di un venti per cento (*a*).

2. Queste disposizioni degne della veneta saviezza furono col tempo e rinfrescate e migliorate. Nel 12 Maggio 1543 una legge (*b*)

(*a*) Statut. Venet. Lib. 3. Cap. 13. e seqq. Consulto del maggior Consiglio del 1288. Carabelli. Il diritto ipotec. Introduz. pag. 31.

(*b*) Correttion del serenissimo Messer Andrea Gritti.

Digitized by Google

rammentava come si era già provveduto, che i contraenti denunciassero all' ufficio degli *Esaminadori le obbligazioni che si fanno sopra i stabili.* La qual legge se fosse stata meglio osservata, si sarebbe ovviato a gravi inconvenienti, *circa le possessioni di fuora*, cioè di terra ferma, che stavano molto a cuore di quei signori della laguna. Il legislatore dopo quest' avvertenza, che è sua, continua ragionando » *Imperocchè essendo obligata alcuna possessione, quella istessa che viene ancora obligata, o alienata, dapoi ad altri, che non hanno notizia de le precedenti obligationi, a grave maleficio loro, a la qual exceptione et fraude essendo da proveder di opportuno rimedio* » ordinava invalida e nulla qualunque obbligazione *sopra alcuna sua possessione o livelli di fora* (di terra ferma) *per qualunque ragione e causa, se la non sarà data in nota al dicto officio del Zudega del' Esaminador, come se observa de le obligation dei beni stabili, per il qual effetto sia deputato un libro, il qual sia alfabetato, comune a qualunque il vorrà veder, et non possa haver il nodaro de dicto officio più de soldi venti per cadauna obligation che 'l noterà per sua mercede.* E che ogni vendita di beni di un suddito veneto a forestieri fosse assistita da un altro suddito veneto confinante (*a*).

3. Si osservi che questa legge di denunciare *le obbligazioni sugli stabili* è diversa dal denunciare *l' alienazione degli stabili.* Antichissima si pare la prima; ma anche la seconda doveva essere, forse di molto tempo, anteriore all' editto del Gritti che non fa che richiamarla in osservanza, e lamentarne il disuso. *Le obbligazioni sugli stabili* non sono che i diritti reali, le servitù, le ipoteche, le modificazioni insomma del diritto di dominio; per cui a fraudi e a danni si vedeva esposta la buona fede dei terzi che cadevano in inganno, per ignorare quelle obbligazioni. Adunque *l'Officio del Zudega del' Esaminador* era un vero ufficio ipotecario, con iscrizioni e trascrizioni, sotto forme ancora imperfette.

4. Nel 14 Settembre 1586 il Maggior Consiglio vinse un' altra legge sapientissima sul teorema — *prior in tempore potior in jure* — e sulla prelazione dei creditori. Si andò colla mente cercando come

---

(*a*) Statut. Venet. Cap. 148. Verda — Raccolta di leggi ipotec. pag. 3.

Digitized by Google

una falsa interpretazione di quel principio fosse entrata nei cancelli della pratica, che soleva preferire non quello che aveva diritti anteriori ma anteriore possesso. Al quale abuso fu provvisto decretandosi che, quanto *ai mobili*, seguitasse a tenersi come anteriore colui che aveva la prerogativa del possesso, premiando così il più diligente; non *negli stabili et possessioni che non si possono nascondere, nè per diligentia più d'uno che d'un altro palesare;* preferendosi quindi sempre *gli antiani di tempo, com'è giusto: quelli però che havevano dato in nota i loro crediti all'officio del' Esaminador, justa le leggi, acciò non sia fatta fraude.* E se questa non è la iscrizione, inventata dai francesi più secoli dopo, non vaglia (*a*).

5. Un'altra buona legge fu quella del gran Consiglio del 30 Aprile 1617, che mirò ad impedire le fraudi delle confessioni *de dote recepta* che i mariti solevano fare in pregiudizio dei legittimi creditori. Anche questi atti dovevano essere *pubblicati* e fatti palesi mediante deposizione *nell' Officio del' Esaminador*, se l'importare fosse maggiore dei ducati 200 (*b*). Il diritto comune, su questa materia delle confessioni emesse dai mariti pendente il matrimonio, apre larghissimo campo di dispute. I moderni hanno qui cagione d'imitare. É vero che la iscrizione del titolo dotale (dove tale iscrizione è imposta dalla legge) diffida i creditori successivi, ma resta sempre a sapere se le doti promesse siano poi state pagate, onde tanto si quistiona nei giudizi di graduazione.

6. L'ufficio dell'Esaminatore durò quanto la repubblica, tanto quelle leggi erano fortemente costituite. Nell'8 Gennaio 1713 con *Terminazione* (determinazione) *dei Revisori e regolatori delle Intrade pubbliche* venne riformato *il Libro delle Notificazioni* di terra ferma, *nel quale a norma di quello corre nella Dominante all' Offizio*

(*a*) Statut. Venet. Verda pag. 4. 5.

(*b*) » Et per maggior cautione de contrahenti, et acciocchè ognuno » possa sempre vedere l'obligatione che alcun avesse fatta per carta di » dote e contradote confessionale sia medesimamente preso, che le carte » confessionali predette che nell'avvenire si faranno da ducati 200 in su, » debbano essere notificate all'Officio del' Esaminador, altrimenti siano » e restino di niun valore ».

Digitized by Google

illustrissimo del' Esaminador viene descritta QUALUNQUE IPOTECA e contratto corso fra particolari. Pare che qualche provincia non fosse soggetta a codeste discipline; e a tutte vennero estese. Eccone la forma — *che in cadauna Camera della terra ferma, ove non corresse l' obligo del suddetto Libro delle Notificazioni, abbia ad essere istituito un publico ed ostensibil libro cartato e bollato, con il suo indice e alfabeto doppio, nel quale tutti i contraenti di qualunque stato e condizione quali intendessero godere il beneficio di prelazione* (diritto reale-ipoteca) *siano obligati notificare i contratti di qualsiasi natura, e dipendenti così da scritture fatte da privati, come quelli che sono stabiliti con istrumenti pubblici con atti di notaio; qual Notificazione faccia effetto di prelazione a qualunque altro non notificato benchè fosse anteriore di tempo.* L' anteriorità della Ipoteca era dunque misurata dalla data della iscrizione.

E quanto alla regolarità del Libro e al diurno suo registro, e alla pubblicità che aveva in mira » *Avrà debito il ministro stesso d' attrovarsi pronto in Camera in tutti li giorni non festivi per annotare quelle Notificazioni, delle quali fosse ricercato, ponendo di giorno in giorno così il nome del notificante che del notificato in alfabeto, acciò restino sempre esposte all' occhio del Principe e de particolari le dette notificazioni* ».

E giova anche notare in questi tempi in cui tutto costa, come l' iscrivente non avesse altro aggravio che di *quatro soldi correnti da essere distribuiti a quel ministro che sarà destinato*, con severissimo gastigo se si attentasse di allungar la mano oltre il prescritto.

La Terminazione dei Revisori e Regolatori fu pubblicata nel 20 Settembre 1713 in seguito dell' approvazione *dell' Eccellentissimo Senato.* Un regolamento accuratissimo dava tutte le norme per l' impianto dell' ufficio, per la esattezza e precisione dei registri; termini a fare le nuove iscrizioni, istruzioni a notaj, anche per diffidare i contraenti sulla importanza dei loro diritti e sul modo di guardarli (trascurati affatto dagl' istituti moderni), ordini minuti al Cancelliere per conservare le Note, per rilasciar le copie, per scrivere nel Libro; formule d' iscrizione, e regole sulla *depennazione della notificazione* che doveva eseguirsi, non cancellando la scrittura, ma con annotazioni marginali. *La depennazione* era irretrattabile, acciocchè non si facesse inganno ai terzi, ma il

Digitized by Google

Cancelliere era ammonito *di andar guardingo, perchè fallando sarà tenuto all' emenda del danno, per il che dovrà ben osservare se chi intenderà avrà sufficiente azione ed autorità, e se le carte saranno concludenti.*

7. Nè qui finirono le cure della Repubblica Veneta per fondare una istituzione ipotecaria. Nel 21 Agosto 1773 il Senato stanziò che non si potessero costituire livelli e censi, se non su fondi stabili, salva la garanzia della ipoteca generale che piacesse stipulare; e per decreti dogali del 5 Maggio 1781, e 6 Giugno 1789 fu provveduto che tutte le carte dotali di mercanti, bottegaj ecc. fossero pubblicate nel conveniente ufficio per evitare gl' inganni, soliti a tramarsi in prossimità dei fallimenti (*a*).

§. XLVI.

In altri Stati Italiani.

1. Non trovo che in verun altro Stato d' Italia la idea ipotecaria avesse fatti tali progressi. Tuttavia merita ricordo il moto che si diedero gli Statuti per riordinare le forme istrumentali e gli archivî, base di ogni organizzazione e catastale e ipotecaria; la indipendenza dalle esorbitanze feudali a vantaggio del Credito; e quel certo fermento di pubblicità, precursore non inutile di più accurata e vasta sistemazione.

2. *Stato di Milano.*

Gli statuti di Milano prescrissero il modo con cui il compratore d' uno stabile potesse liberarsi dalle Ipoteche anteriori che gravavano il suo acquisto. Egli doveva esporre il suo contratto alle Grida: pubblicarlo cioè per editto e a suon di tromba al domicilio del

---

(*a*) Verda pag. 18. 19. — Nota opportunamente il ch. Bosellini. Legisl. Ipotecar. proem. §. 92. » La suddetta pubblicità fu in vigore sino all' attivazione in Venezia del Codice Napoleone, come si ha dalla sentenza 20 Maggio 1817 del Tribunale di prima istanza e 12 Giugno 1818 dell'Appello veneto riferita nella giurisprudenza pratica austriaca. Tom. 4. pag. 42 e seg.

Digitized by Google

compratore e nel luogo in cui lo stabile era posto. Depositato il prezzo, tutti i creditori ipotecarî erano invitati a comparire fra tre o sei mesi, con facoltà d'incarire offrendo maggior prezzo. Non presentandosi più vantaggiose offerte, il fondo rimaneva definitivamente al compratore. Se ne faceva processo, e una vera graduazione si costruiva sul prezzo che veniva distribuito ai creditori a regola d'anteriorità. Quelli che non comparivano al concorso decadevano da ogni diritto. Bernabò Visconti promulgò quella legge nel 1369 (*a*).

Questo ultimo atto del dramma processuale toglieva la sua norma dal diritto romano e dalla prammatica forense: ma il primo può registrarsi come una novità, e preludio del moderno sistema di purgazione.

Si prese anche assai cura in quello Stato dell'autenticità degli atti istrumentarî. Sino a quattordici requisiti vi conta il Carpano come necessarî, a costituire un istrumento perfetto (*b*).

3. *Toscana.*

Gli statuti di Firenze hanno interessanti rubriche sulle vendite dei pegni e sulle forme da usarsi (*c*), sull'effetto delle ipoteche decennali (*d*), sulla escussione dei beni ipotecati (*e*), sull'autenticità degli atti pubblici (*f*). Le città di gran commercio, come Firenze, posero mente ai gravi disordini dei fallimenti, e provvidero con leggi savie: tale fu quella che, senza riguardo alle ipoteche assunte da costoro in sospetto di fraude, non voleva riconoscere altro pegno che il mobile, anteriore al fallimento (*g*).

(*a*) Decreta antiqua mediol. Ducum N. 34. Constit. mediol. lib. 2. E. de bonis ad cridas ponendis. Carpan. ad Stat. Mediol. C. 463. 464.

(*b*) Statut. Mediol. Rubrica general. de Solemn. Instrum. Commentar. Carpani Ed. Mediolani per Bidellium 1686. p. 488.

(*c*) Statut. pop. et comun. Florent. 1415. Rubrica 36. Lib. 2.

(*d*) Statut. d. Lib. 2. Rubr. 60.

(*e*) Ib. Lib. 2. Rub. 59.

(*f*) Rubr. 41. 42.

(*g*) Statut. Flor. Lib. 2. rub. 33 e 130 del 1620. §. 7. Sabatini Sist. Ipotec. Tosc. N. XXI.

Digitized by Google

Buone leggi sul censo e sulle Ipoteche introdusse il governo dei Medici, e utilissime riforme. Il sistema della pubblicità vi era con certa accuratezza delineato. Ordinò il censo colla descrizione di tutte le proprietà immobili nei catasti coll' obbligo di riportarvi i nomi sì degli eredi proprietarî che degli usufruttuarî; coll' obbligo della voltura nel termine di due mesi, sotto la comminatoria singolare che i beni non volturati potessero essere colpiti dalle ipoteche iscritte a carico dell' alienante (a), che è l' effetto medesimo della negletta trascrizione nel sistema odierno. Fu decretata inoltre la pubblicazione delle donazioni coll' insinuazione nell' ufficio delle Gabelle, indi al Magistrato Supremo della città (b) sotto pena di non poterle opporre ai terzi che nell' intervallo fra la donazione e la insinuazione avessero acquistato diritti sui beni donati (c).

4. *Repubblica di Genova.*

In quella possente e travagliata repubblica non poteva sorgere con molta vivacità il desiderio di una sistemazione ipotecaria, dove, più che le modificazioni della proprietà immobile, si guardavano i commercî e le pronte circolazioni della pecunia. Però nel 6 Decembre 1698 fu pubblicata una legge col titolo — *Fabbrica dei Vascelli* — che assicura ipoteca sulle navi in ragione di data d' iscrizioni che dovevano avere certi requisiti, *indicazione della somma, del credito, giorno ed anno della iscrizione, titolo e nome del Notaio, vidimazione dei Consoli, firma del Cancelliere* (d).

Della legalità delle scritture dispone lo statuto di Genova nel Cap. 19.

5. *Modena.*

Delle esecuzioni giudiziali, e del regolamento istrumentario si occupò quello statuto in tempi remoti (e); sono eccellenti e degne

---

(a) Legge 4 Marzo 1694 confermata e richiamata in vigore da altra legge del 3 Agosto 1768.

(b) LL. 5 Gennaio 1551. e 16 Giugno 1787.

(c) Sabatini pag. XXII. Introd.

(d) In Francia c'era una legge analoga. Ordinaz. della marina. Agosto 1681.

(e) Mutinae apud Gudaldin. Ed. 1590. Rub. 61. 62.

Digitized by Google

di menzione le sue leggi sugli archivî 10 Gennaio 1772, 28 Aprile 1790, 11 Febbraio 1791.

6. *Parma Piacenza e Guastalla.*

Don Filippo Borbone, duca di quello Stato, stabilì, correndo l'anno 1757, un Ufficio che chiamarono *Notulazione*, a cui volle riuniti gli atti dell'archivio detto della *Chiesuola*, di erezione anteriore, ordinandovi la inserzione e pubblicazione di tutti i contratti, testamenti, pesi e vincoli delle proprietà (Ipoteche) aggiudicazioni giudiziarie ecc.

§. XLVII.

Dello stesso argomento.

1. *Dominî Pontifici.*

La Bolla dei Baroni, emanata da Clemente VIII., quantunque non avesse uno scopo di riforma generale, e potesse meglio appellarsi legge di circostanza, contuttociò deve aver luogo fra le maggiori di cui la civiltà è debitrice ai Sommi Pontefici. Nè fa maraviglia che i miseri giuristi dell'epoca ne mormorassero come di legge esorbitante dalle regole ordinarie del diritto, incapaci com'erano di levarsi all'altezza di quel concetto.

Versato nei grandi affari, che aveva trattato nelle sue legazioni europee, dotto giureconsulto, profondo politico, l'Aldobrandini seppe colpire l'aristocrazia baronale nella rôcca de' suoi privilegi e delle sue immunità di stirpe; Pontefice, vendicò il diritto dalla prepotente ingiustizia. I Baroni avevano preso il vezzo di far debiti con tutti e di pagar nessuno; colla riverenza del grado e colla influenza dei modi ottenevano merci, denari e valori d'ogni maniera; ma colle ragioni dei fedecommessi, e delle pazionature si difendevano dal restituire. Non avevano eredi, giacchè i figliuoli si astenevano dall'accettare le eredità dei padri; ma pompeggiavano nelle avite castella cui si dicevano succeduti jure proprio, e lasciavano che la turba dei creditori romoreggiasse alle ferrate porte, maledicendo il nome dei trapassati, se pure non li cacciavano coll'impeto dei cagnotti e dei bravi. Nominò il Pontefice una Commissione composta di Prelati che, visti i decreti che i giudici ordinarî

Digitized by Google

avevano emanati, senza verun altro atto giudiziale, e come semplici e meri esecutori, davano facoltà di pignorare città, terre, castella, palazzi e beni Baronali (sia che agli stessi debitori spettassero, o ad altri aventi causa da loro, e per qualsivoglia titolo gli avessero in possesso) di venderli all'incanto, trascorso un mese, onde col prezzo soddisfare i creditori secondo l'ordine di anteriorità, senza riguardo alcuno a patti, investiture ed altri vincoli che tutti a questo effetto si volevano derogati e tolti (*a*). Quando io considero la potenza e la forza che riuniva ancora nel secolo XVII. la nobiltà feudale, le resistenze e i rumori che dovevano sorgere, e la novità del fatto, io ammiro il coraggio di Clemente VIII.

La pratica, sempre benigna alla Curia Romana, mitigò il rigore della esecuzione, senza offendere la disposizione della Bolla.

2. *La Bolla detta dell' Archivio* di Urbano VIII. successore di Papa Clemente, si propose di guarentire la buona fede dei terzi ordinando, che tutti i possessori di feudi, maggioraschi, primogeniture, fedecommessi fossero tenuti ad esibire in un pubblico Archivio, eretto a Roma per ciò, una Nota o elenco dei castelli, possessioni, e beni stabili qualunque che intendevano sottrarre alla Bolla dei Baroni, dichiarando la qualità e natura dei vincoli cui erano soggetti; la qual nota doveva rimanere affissa in una Tabella per mesi sei a vista del pubblico. Con questa manifestazione i creditori erano diffidati, nè avevano a dolersi che di se stessi se avessero prestato sopra tali beni così pubblicati.

La Congregazione (tribunale deputato all'esecuzione delle Bolle) aveva adottato metodi semplici di concorso e graduazione, consegnandosi senza indugio il prezzo ai creditori che apparivano liquidi e certi con idonea sigurtà di restituire in caso d'evizione, o ai poziori che fossero per sorgere dopo un certo tempo (prudente cautela quando le ipoteche erano occulte); e talvolta, giusta le circostanze, la somma s'investiva in luoghi di monte onde subito rendesse frutto (*b*).

(*a*) Anno 1596. Pontif. anno V. Inter Costitution. XLI.

(*b*) Urbani VIII. Costitut. 117. alias 119. — De Luca de feudis disc. 73 e seg.

Digitized by Google

3. Le deroghe però alla Bolla dell' Archivio erano frequenti per inchiesta degli stessi Baroni che, caduti in discredito, solevano preferire alle velleità dinastiche l' utile presente; e così gl' impacci delle proprietà si andavano sciogliendo con inestimabile benefizio della civiltà. Perchè solido edificio ipotecario non può elevarsi se le proprietà immobiliari non vi prestino sicuro fondamento nella scioltezza e perpetuità dei dominî; onde ipoteca con feudi, pazioni, reversibilità ad ogni mutar di persona, non poteva tener fermo, respinta da quelle condizioni del feudo che non tolleravano gravame d' altra natura. Lo scioglimento progressivo dei feudi, l' abbattimento delle pazionature e provvidenze, e da ultimo la terribile percossa ch' ebbero i fedecommessi nella legge di Termidoro, prepararono il terreno al sistema ipotecario. La storia deve avere la sua lode per quei generosi Pontefici che resero *allodiali* i beni enfiteutici, e ne diedero il primo esempio, malgrado cadesse principalmente il colpo a danno delle così dette Mani-morte, e degli Ecclesiastici (*a*).

(*a*) È notabile la rubrica 128 dello Statuto di Roma, imperante Gregorio XIII., sulla riforma di certi articoli ipotecarî. Tit. de pign. et hyp. — Si plures creditores .... quilibet posset immitti in possessionem — De forma servanda in pignore. — Il sistema giudiciario, economico ed amministrativo fu sempre a cuore dei Sommi Pontefici; e per parlare delle istituzioni meno recenti ricordo le Costituzioni — *Divina* di Eugenio IV. 8 Marzo 1432. — *Romanus Pontifex.* — 27 Maggio 1562. — *Cum inter caeteras* — 5 Novembre 1564 di S. Pio V. — *Quae publico utili* — 1 Ottobre 1574 di Gregorio XIII. — *In conferendis* — 11 Decembre 1590 di Clemente VIII. — *In sublimi* — 1 Decembre 1587. — *In conferendis* — 23 Gennaio 1590 di Sisto V. — *Romani Pontificis* — 1422. di Martino V. — *Finem litibus* — 19 Gennaio 1487. d' Innocenzo VIII. — *Throno Justitiae* — 27 Decembre 1561 sulla riforma della Rota di S. Pio V. — *Inter moltiplices* — 2 Giugno 1562. e *Inter illa* — 21 Decembre 1570. dello stesso Pontefice — e per non andar più in lungo, la Costituzione 1 Marzo 1611 — *Universi agri Dominici* — di Paolo V. che è un regolamento tanto vasto e compiuto quanto possono ideare i moderni, in cui le discipline notarili, l' archiviazione, le forme dei giudizî, e l' organizzazione dei tribunali sono solidamente stabilite — alla quale fa seguito una tassa o tariffa minutissima degli emolumenti giudiziarî e notarili pubblicata nel 1615.

Digitized by Google

4. Regno di Napoli.

Ferdinando I. d'Aragona sino dal 1477 nelle Prammatiche (*a*) stanziò un'archivio generale in cui si registrassero sì gli atti fra vivi che d'ultima volontà, i vincoli feudali, fidecommissari ecc. ottimo istituto che Carlo V. rinnovò nel 1533; Filippo II. nel 1609 (*b*), indi Carlo III. e Ferdinando suo successore nel 1786. Quest'ultimo però lamentava che miglior fosse l'intenzione de' suoi Augusti Predecessori che il frutto che se ne avea raccolto. I motivi preposti da Ferdinando al sapiente decreto danno saggio dell'avanzamento a cui le idee economiche erano pervenute intorno alla teoria della pubblicità; per cui non è a dubitarsi, che con un altro passo che i nostri governi avessero dato in questa via delle riforme catastali e ipotecarie, si sarebbe ottenuto un sistema orginale italiano, ben meditato e compiuto (*c*).

Noi eravamo difatti assai vicini di cogliere il primato della legislazione ipotecaria. Che impedimenti trattennero i nostri Principi dal compiere questa grand'opera? Forse più cause si possono assegnare, se pure mi appongo al vero. Una può essere la varietà degli elementi che componevano le legislazioni nostre, e la necessità di porle in armonia: il che richiedeva uno sforzo e un'arte non comune. Al che forse erano ancora impari i tempi che cominciavano allora a veder formulato il pensiero di codici generali e collettivi di tutto l'imperativo giuridico. Il Piemonte, e il genio Estense davano già l'esempio delle grandi collezioni, l'uno nel 1770 e nel 1786, l'altro nel 1771, ma piuttosto nell'intento di riunire,

(*a*) 1. e 7. de Notariis.

(*b*) Prammatiche 3. e 4. de Contract.

(*c*) Il Prof. Arcieri — Studi legali — Napoli — 1855. pag. 262. Vol. VI. toglie dal Bianchini — Storia delle finanze N. 270. che nel 24 Giugno 1536 fu pôrta supplica al parlamento di s. Lorenzo con cui domandavasi la pubblicità dei pesi reali dei fondi, la iscrizione e trascrizione: la quale istanza fu accolta con favore benchè non sortisse l'effetto. È nota la prammatica *de assistentia*. Era il magistrato che dava l'azione al creditore ipotecario a vindicare il possesso della cosa ipotecata colla formola *de capiendo cum constitutione precarii*. Rimembranza dell'antica immissione pretoria. L'istrumento doveva essere *guarentigiato*.

Digitized by Google

correggere e dichiarare le leggi esistenti, che tutto rifondere in un concetto fondamentale ed armonico: a fare insomma dei nuovi codici. Un regolamento di procedura civile usciva in Lombardia nel 1785. In Toscana, la riforma granducale degli statuti dell' 11 Aprile 1713, le leggi del 1782 del 1787 e le altre di quell'epoca segnarono certamente una linea di ascesa in quel movimento forse troppo veloce di migliorare gl' istituti sociali, ma l' intento di universalizzare il sistema legislativo sempre mancò. Fuori d' Italia ne concepì l' ardimentoso pensiero Maria Teresa (anno 1753), la cui opera Giuseppe II. e Leopoldo II. proseguivano.

§. XLVIII.

Delle legislazioni italiane nel secolo decimoterzo.

Non abbiamo avuto in quel secolo un codice propriamente detto, ma sono opere illustri di legislazione *le Costituzioni Regie del Piemonte* del 1723, e le collezioni del 1770 e 1786; *il Codice Estense* pubblicato il 26 Aprile 1771; la riforma gran ducale *di Toscana* dell' 11 Aprile 1713, quelle del 1782 e 1787; la procedura civile *in Lombardia* uscita nel 1785. Bisogna convenire che queste legislazioni non si occuparono di proposito delle Ipoteche. Si vorrà però concedere che parziali com' erano, non mettevano già fuori del campo la riforma ipotecaria che leggi o separate, o più antiche, e tuttavia in vigore, avevano preparata. Se si fosse potuto riassumere il pensiero legislativo in un concetto d' universalità, ripensando un codice generale al livello dei tempi, la idea ipotecaria sarebbe salita al grado a cui le altre che concernevano l' interesse sociale si venivano sollevando. Se le burrasche politiche che agitavano tutte le cose non lo avessero impedito, senza dubbio questi archivi, indicatori della proprietà, e conservatori dei diritti reali, avrebbero acquistato l' importanza di un Catasto e di un ufficio Ipotecario. Ma la fortuna francese spodestò i nostri Principi, e, come vincitor suole, c' impose coi balzelli e le tasse anche le leggi.

Digitized by Google

§. XLIX.

Assetto ipotecario in Francia prima delle leggi di Messidoro nei paesi di diritto scritto.

1. *Oggetto di questo articolo.*

Noi dobbiamo percorrere tanta via in mezzo alle dottrine che ci vennero di Francia, e tante sono le nozioni che si sviluppano da pratiche antiquate dal cui influsso non poterono interamente sottrarsi nè le leggi nuove, nè le trattazioni degli scrittori che fanno raggio e corona alle novelle istituzioni, che il farsene una idea chiara e positiva reputo del tutto necessaria.

La esposizione del Merlin troppo diffusa (*a*); i pochi passaggi di Pothier su questa materia (*b*); gli antichi commenti implicati nel confuso ammasso di particolarità statutarie e locali (*c*), o dicono troppo, o troppo poco perchè altri possa, leggendo quelle scritture, formarsi senza qualche sforzo della mente una idea chiara di quella giurisprudenza.

2. *Dei paesi governati dal diritto romano.*

Le provincie meridionali della Francia, più o meno, avevano

(*a*) Repertor. Artic. Mise de fait — Saisine et dessaisine — Saisine dans les coutumes de Liege et de Namur — Nantissement — hypoteque — clain — claim de retablissement etc.

(*b*) Tratt. della ipoteca C. 1.

(*c*) Dufresne Consuetud. d'Amiens. Denizart. Consuetud. di Picardia. Raccolta di Blye Presid. del parlamento di Tournai. Maillard. e Gosson Consuetud. d'Artois — Leroy de Lozembrune e Camus Consuetud. di Bulon. Mèan ad Jus civile Leodens. Chaulny e Molieneo, Lafond. Consuetud. Vermandese. Vandenhane Not. alle Consuetud. di Gand. etc. — Sono scrittori o compilatori d'intento più generale Brunel. Osservaz. sul diritto Consuetud. Desjannaux. Raccolta. Neostadio raccolta di decisioni del supremo Consiglio d'Olanda. Rousseaud de Lacombe Giurispr. Civ. Dufresne Giornale delle udienze nella qual opera si estende a considerazioni di generale importanza. Joles Raccolta di editti di creazione d'ufficî etc.

Digitized by Google

accettato di vivere con quel diritto che vi avea più fortemente allignato che nelle settentrionali, ove prevaleva il feudalismo: l'antagonista della civiltà antica.

3. *Delle modificazioni introdotte dai francesi sulla Ipoteca del sistema romano.*

La convenzione che presso i romani attribuiva la ipoteca, non produceva questo effetto in Francia se non stipulata con atto notarile. Ond'è volgare in quella giurisprudenza che l'atto del Notaio è la fonte della ipoteca; come in certi casi la legge, e come le sentenze; ulteriore e importantissima novità di cui verremo parlando. Così il consenso, unica e vera sorgente dell'ipoteca convenzionale, si nascondeva in certo modo nella solennità della forma, da cui cominciava il diritto. Io non so se questa istituzione contenesse nel suo spirito un omaggio all'antichissimo gius romano che negava l'acquisto della ipoteca senza la tradizione, e un ripudio dell'autorità pretoria che introdusse quella licenza delle convenzioni pignoratizie; o se l'atto notarile fosse il surrogato moderno della tradizione già antiquata, come ha detto il Pothier. Checchessia di questo, è certo che l'uso di non costituire ipoteche se non per atti autentici era già ricevuto da molto tempo, anche in Italia, per una ragione troppo manifesta e universalmente sentita. Si andava con molto scrupolo in Francia sulle formalità di cui dovevano essere rivestiti gli atti dei notai; che furono poi soggetti alla tassa di registro, come altra delle formalità rese indispensabili dall'editto del 1693 (*a*).

4. Ma era difetto gravissimo, che all'atto notarile si accordasse tanta virtù da produrre una ipoteca generale eziandio non convenuta espressamente, quasichè niuno si facesse a stipulare convenzioni sotto il sigillo dell'autorità regia, da cui riconosceva il notaio il suo carattere pubblico, senza obbligar coll'animo tutti i suoi beni.

5. È mestieri riconoscere in Francia una certa tendenza, sconosciuta in altri paesi, di agire sulle costituzioni ipotecarie coll'azione

(*a*) Le private scritture producevano anch'esse ipoteca, se ricevute da notaj, o riconosciute in giudizio. Pothier Trattato dell'Ipot. C. 1. §. 4.

Digitized by Google

giudiziale. Una tradizione anteriore narra che le parti andassero al giudice che accordava la ipoteca, e ne facesse al cancelliere distender l'atto, e rilasciare spedizione improntata del sigillo: forme che i notai vennero ereditando nella loro qualità di ufficiali di giustizia, e in certo modo surrogati al ministero dei cancellieri, ai quali col tempo si venne togliendo questa incombenza.

6. Ma questa specie di gravitazione del Potere sulla Ipoteca era forse nell'interesse della istituzione onde migliorarne l'assetto e renderlo più utile all'universale? Io penso piuttosto che le celebri divisioni fra la potenza regia e la feudale, che tanto turbarono la Francia, fossero occasione o motivo di quelle disposizioni, stanziate non tanto a civile incremento quanto a dimostrazione di superiorità politica: cosa che non deve sfuggire a chi studia in questa parte antica della legislazione francese. Ci fu un tempo di universale innondazione feudale, che di poi la democrazia in Italia, e la monarchia in Francia respinsero con ogni lor forza, restringendone sempre più i confini, finchè il mondo ne fu liberato. Ma in Francia, più che in Italia, per molte cause che lungo saria noverare, il feudalismo agì potentemente sulla giuridica. Padroni del suolo, i signori dei feudi non permettevano il trasferimento dei dominî privati, o le costituzioni di diritto reale, se tutto ciò non fosse sottoposto alla approvazione loro dalla quale soltanto potevano essere legittimati. Quindi ogni contratto di vendita, permuta, ed anche d'ipoteca subiva quella disciplina, aspettando poi ai notai delle così *dette giustizie signorili*, *di riceverli nei loro atti*. Trasportare quella podestà dai notai dei feudi alle cancellerie del re, era una vera conquista sulla influenza signorile, una sottrazione all'autorità feudale, una diminuzione di quel temuto potere: ciò valeva meglio che distruggere la istituzione. Conservare il rito era conservare il simbolo almeno di una supremazìa sui privati dominî; e un conciliare le opinioni costituzionali rispettando le costumanze di cui i parlamenti in ispecialità erano gelosissimi. Surrogare adunque la prerogativa regia alla baronale, serbando l'organismo del sistema, si pareva utile e prudente: risultato che scioglie ogni problema di buona politica.

Era un gran passo verso l'unità monarchica; ma l'impresa era difficile e lunga. Onde i conflitti acerbi e frequenti sulla competenza

Digitized by Google

de' notai, che non potevano far atti legittimi che nei limiti dei loro distretti; e questo spiega lo sforzo di Francesco I. per cessare una volta l'arroganza giurisdizionale dei baroni, annullando tutti i contratti che non fossero passati per il tabellionato regio. Ma non pertanto fu vinto lo scisma; chè ancora per molto tempo durarono quelle turbazioni.

7. Aumentare il numero de' notai abili a sanzionare i contratti, era aumentare gli agenti del regio potere: sfortunatamente vi si aggiunse una men nobile cagione, la brama di far denaro. Onde Filippo il Bello avocando a se la nomina dei notai, dei baili e siniscalchi che possedevano questa facoltà, li attaccò al demanio; ed ebbe allora cominciamento quel traffico di uffici che al tempo di Luigi XII., circa due secoli dopo, era pervenuto a tanto che si dovè porvi freno, limitando il numero degli ufficiali, e comprimendo lo slancio di quel poco degno commercio.

8. *Ipoteca prodotta dal giudicato.*

Non bisogna confondere la ipoteca *giudiziale* con quella che nasceva de jure dalla sentenza. La prima, di cui parleremo nel seguente §., propria dei paesi *d'immissione in possesso* (nantissement) si sviluppa con mezzi giuridici anteriori al giudicato. Ma nei paesi stessi *di diritto scritto*, nei quali non avevano luogo le formalità della *immissione*, è sensibile questa importantissima novità che è proprio nazionale: perchè non usata fuori di Francia e ignota agli antichi. I nostri codici moderni hanno accettata questa giurisprudenza delle ipoteche nascenti dal giudicato: gli scrittori di polemiche disputano assai sul criterio logico di quel principio; ma non si è forse avvertito abbastanza allo svolgimento politico di quel sistema. Dal lato giuridico, la sanzione dell'autorità legittima era una condizione del diritto: dal lato politico, era una espressione d'imperio che i diversi Poteri del regno ricercavano avidamente come argomento di superiorità relativa (*a*).

(*a*) Parlo principalmente dei giudici regî, e dei giudici di giurisdizioni feudali. Le sentenze dei giudici ecclesiastici non producevano ipoteca se non rese esecutorie dall'autorità reale. Editto del 1695.

Digitized by Google

9. *Fonti della ipoteca.*

Ipoteca legale.

Gli atti notarili, gli atti giuridici propriamente detti, ossia i giudicati; la legge, erano i fonti della ipoteca.

L'ipoteca legale, che chiamavasi anche tacita, era stata modificata dalle consuetudini, anche nei paesi di diritto scritto. Le consuetudini accordavano al tutore o al pupillo ipoteca reciproca; in Normandia la ipoteca del tutore era limitata a tre anni dai conti resi. Il sostituito aveva sui beni del gravato una ipoteca a garanzia dei capitali mobili che costui aveva obbligo d'impiegare a favore della eredità. Era già stata adottata la ipoteca a carico degli amministratori anche a vantaggio degli Spedali e altri pii stabilimenti; quella del re sui beni dei contabili; una ipoteca colpiva ancora il prezzo degli uffici, o rendite loro, pei fatti relativi alla carica. La parte civile aveva una ipoteca per l'ammenda a lei dovuta sulla proprietà dei condannati. Questa ed altre ipoteche *tacite* non si riconoscevano in molti paesi pure devoti al diritto romano, come il Belgio. Appena vi era permessa quella del fisco (*a*). Il fondo di questa giurisprudenza era il diritto comune.

§. L.

Assetto ipotecario in Francia prima della legge di Messidoro nei paesi consuetudinari.

1. *Immissione in possesso. Nantissement.*

Nell'antica letteratura franca troviamo qualche volta questo vocabolo nel senso di Pegno giusta la idea romana; significante cioè un contratto col quale si consegue una cosa a sicurezza del credito. Più propriamente dicesi *gage*. Il *Nantissement* è rimasto a rappresentare le particolari consuetudini di alcuni paesi sui quali si fece più fortemente sentire l'influsso della feudalità. Il giure politico ivi regnante era questo: che il signore feudale ha il dominio

---

(*a*) Non posso occuparmi di particolarità legislative; bastandomi di dare alcune illustrazioni di quel sistema rispetto alla sua organizzazione.

Digitized by Google

del suolo come di ogni altra cosa; onde il dominio privato è semplicemente una derivazione di quello, ritenuto per via e opera d'infeudazione. Ne segue che il possidente tutto ha dal signore, per grazia sua possiede, e non trasmette ad altri i suoi possessi che in virtù di una concessione che può anch'essergli negata. È chiaro da questo, non potersi i beni efficacemente trasportare in un diverso soggetto di diritto, senza un atto legittimo del poter supremo. La costituzione dei diritti reali, non meno che la trasmissione del dominio pieno, aveano mestieri di questa benedizione che abbiam visto essere richiesta eziandio nei paesi di diritto scritto come una estensione dell' istituto feudale (§. XLIX. N. 6.). Così le proprietà tutte quante non erano che Benefici. Durò il sistema sino all' editto del Giugno 1771 col quale Luigi XV. abolì tale formalità rapporto alla Ipoteca che cominciò a potersi costituire con atti notarili e per virtù di giudicati (*a*). Così si tentò la emancipazione della Ipoteca; ma le trasmissioni delle proprietà restarono fra i ceppi della *immissione* che seguitò a tenersi necessaria. Anzi da alcuni parlamenti non fu accettato l' editto, come in quello di Fiandra, in cui durò la pratica delle immissioni, eziandio rapporto alle ipoteche.

2. *Immissione di fatto in possesso — mise de fait.*
Suoi effetti.

È diversa dalla *immissione in possesso*. Questo è l' atto definitivo e civile: quello è preliminare e preparatorio. Molto rassomiglia alle immissioni *ex primo decreto*, consuete nei fôri d'Italia. Ordinariamente aveva l' effetto d' un sequestro. È ben vero che le *consuetudini* si presentavano con tali varietà, che dura cosa è il definire la natura di quel possesso di fatto, e tener conto esatto delle conseguenze giuridiche. Esso era un mezzo, a somiglianza delle immissioni pretorie: difatti tutti gli scrittori ce lo additano come un rimedio tendente a realizzare un diritto, vuoi traslativo di proprietà o d'ipoteca. La giustizia del signore feudale si manifestava in questo primo atto sull' appoggio di un titolo che appariva abile a meritarla.

(*a*) Parlo dei paesi *consuetudinari*, giacchè quanto a quelli di diritto *scritto*, non si usava la immissione — V. il §. preced.

Digitized by Google

Quanto a possesso, poteva dirsi perfetto, perchè l'avversario rimaneva spogliato sino a dover cedere il campo (*a*). Aveva poi mestieri di una conferma di diritto o sentenza (*b*). Fermiamoci un momento agli effetti ipotecarî. L'istituzione aveva avuto originariamente lo scopo di *acquistare ipoteca*. Il possesso di fatto attribuiva un gius di preferenza, come oggidì la data di una iscrizione (*c*). Era cosa semplice rapporto agl'immobili, benchè gravante e oppressiva. Ma in alcuni luoghi, i mobili eziandio e i diritti incorporali erano suscettivi di questa immissione di fatto. Ma la ipoteca dei mobili non li vincolava in mano del terzo in cui avessero fatto passaggio, se non si fosse ipotecata la *taberna, per modum universitatis*, giusta la tradizione di Scevola L. 34. D. de pign. et hyp.

3. *Titoli in virtù dei quali si otteneva la immissione di fatto in possesso.*

Facea mestieri possedere un titolo autentico e regolare nella forma, secondo la costumanza del luogo, che facesse aperta la qualità e importanza del diritto che si aspirava a realizzare. Se il Titolo dovesse anche contenere la convenzione *espressa* del diritto di farsi immettere nel possesso, fu soggetto di qualche disputa; ma si finì col tenere la negativa (*d*). Così si vedevano per esempio contratti di cambio, senza veruna allusione a scopo ipotecario, ottenere una *commissione d'ipoteca*, mediante il possesso immediato e di fatto. In alcune consuetudini (*e*), pare che al titolo scritto supplissero le prove testimoniali. Ci ha di notabile, che se

---

(*a*) Tali possessi spogliativi si chiamavano diseredementi, *adheritances*.

(*b*) Allora nasceva *la immissione in possesso* — *Nantissement*.

(*c*) Il che però non è troppo preciso a dirsi; quistioni di retroattività nascevano spesso, specialmente in tema di fallimento: non si potrebbe con poche parole determinare questa varietà. V. Consuetud. di Lilla d'Artois, di Picardia etc.

(*d*) La Mano — assisa (maine — assise), propria dell'Artois e della Fiandra, paesi di abitudini assai speciali, differiva principalmente dalla *mise dei fait* in quanto rappresentava il possesso del giudice (main de justice) laddove la seconda significava quello del creditore — Merlin. Repert.

(*e*) Brunel. Osservaz. sul diritto consuetud. C. 6.

Digitized by Google

trattavasi d'atto notarile, esso non aveva nessuna forza se non munito a tutto rigore delle forme prescritte (*a*). S'incontra negli storiografi di questo articolo, che pei crediti, eziandio non iscaduti, si conseguisse *la messa in possesso*, ma io tengo che ciò fosse in pratica limitato al *Dotario*, o alle convenzioni matrimoniali sebbene qualche consuetudine (Lilla) sembrasse genericamente stabilire che i crediti sub conditione, dovessero considerarsi, com'esistenti, quanto *alla mise de fait.*

4. *Formalità della immissione di fatto in possesso.*

Bisognava presentarsi al giudice competente e da lui impetrare la *commissione* d'eseguimento. Una giurisprudenza pericolosa e difficile determinava la competenza dei giudici; campo spesso di dispute regie e signorili che si elevavano a una importanza maggior di quella che sembrasse offrire una quistione civile. Le commissioni d'immissioni avevano ancor esse le loro formalità, che d'ordinario consistevano nella firma e sigillo di cancelleria. *Si spediva* la commissione; e la eseguiva un usciere o sergente del tribunale alla presenza di due testimonj, e ne redigeva processo verbale (*b*). L'impetrante o il suo procuratore speciale era messo nel reale possesso del fondo (*c*). Singolare che, trattandosi di feudi, bastasse toccare un punto del suolo per conseguire il possesso totale, laddove i fondi *cottiers* o ignobili non si potevano apprendere che sfogliando gli appezzamenti l'uno appresso l'altro, come il carcioffo di Valentino. Potrebbero sembrare particolarità insignificanti, chi non sappia riconoscervi la influenza di una idea capitale in quell'età: l'individualismo e assolutismo del potere feudale (*d*). Non era necessario chiamare a quest'atto le parti interessate a cui bastava notificare il processo verbale, citandole a comparire per sentir decretare la validità del preso possesso. Il signore immediato o mediato (giacchè ogni suolo era feudale, anche dove il poter reale

---

(*a*) Editti 13 Aprile 1531. e 16 Ottobre 1584. per l'Artois; e 1675. per la Fiandra.

(*b*) Editto 8 Luglio 1531. Procedimento di Artois.

(*c*) Merlin Mise de fait.

(*d*) Maillart — Consuet. d'Artois.

Digitized by Google

regnava indipendente) era sempre invitato al giudizio per la incolumità de' suoi diritti. La *commissione* diventava caduca se dentro un anno non fosse eseguita; se la causa non fosse arruolata, o non promossa la istanza per la conferma giudiziale del processo. Il signore riscuoteva un laudemio ch' *era il quinto denaro della somma principale;* diritto che si verificava soltanto dopo la pronuncia del decreto. E non più di questo procedimento, lasciando le specialità e le differenze locali che non eran poche.

§. LI.

Del sistema di purgazione ipotecaria secondo l' editto del 1771.

Questo editto ha molto influito sulla legislazione nuova. I Giureconsulti francesi non avrebbero potuto di leggieri dimenticarlo. Una delle più importanti funzioni del meccanismo giudiziario è quello di liberare i fondi dai privilegi ed ipoteche. Le antiche formalità della pubblicazione furono trovate insufficienti. L' art. 8.° dell' editto ordinava invece che l' acquirente depositasse, prima del sigillo della lettera di ratifica, l' atto di vendita nella cancelleria del baliaggio o siniscalchìa in cui erano situati i fondi venduti; il cancelliere ne faceva un estratto che pubblicava e restava esposto per due mesi, durante il qual termine non si poteva ottenere veruna lettera di ratifica. I creditori ipotecarî n' erano così avvertiti, e potevano fare opposizione (*a*).

Le *lettere di ratifica* purgavano le ipoteche di coloro che non avevano fatta opposizione al sigillo (*b*). Per esso il Re assicurava il compratore dal pericolo delle ipoteche occulte, dacchè i creditori ipotecarî, invitati, non fossero comparsi. Non vi era persona privilegiata che potesse sottrarsi a questa legge d' ordine pubblico.

L'editto indicava le forme necessarie a valida opposizione. C'era molta precisione ed esattezza di particolari. Le Conservatorìe

---

(*a*) Essendosi in seguito mutati i tribunali, provvidero opportunamente le leggi 7 Settembre 1790; 27 Gennaio 1791, 21. nevoso anno IV. etc.

(*b*) Merlin Repert. V. Ipoteca Sez. I. §. XIII.

Digitized by Google

cominciarono a montarsi con una regolarità burocratica da potersi prestare con poche variazioni al sistema della pubblicità.

Il nostro procedimento purgatorio, rapporto all'espropriazioni volontarie, è una imitazione di quello. I creditori opponenti avevano facoltà di proporre in cancelleria l'aumento del prezzo di vendita di almeno un decimo, e nel caso di maggior offerta per parte di un altro creditore, di un ventesimo, coll'obbligo di rifare al compratore le spese legittime, e con idonea cauzione da riconoscersi dal luogotenente generale, o altro uffiziale a ciò destinato. L'acquirente aveva diritto di mantenersi nel possesso del suo acquisto pareggiando la maggior offerta. Se in luogo di un prezzo si trattasse di permuta, donazione ecc. le difficoltà di applicare il sistema erano gravi allora come oggi; di che diremo a luogo opportuno. Nasceva anche quistione se le lettere di ratifica purgassero l'Ipoteca della rendita fondiaria, o se il peso fosse inerente alla cosa, come il livello, il censo, e gli oneri feudali (*a*). La giurisprudenza dei tribunali si contraddisse, e rimase incerta, tutto dipendendo dal definire la natura della *rendita fondiaria*, che si presentava ancora molto difficile.

§. LII.

Leggi 9. *Messidoro anno* 3.° *e* 11. *Brumajo anno* 7.°

1. Abbiamo veduti i paesi *di diritto scritto* mantenersi fedeli al sistema della Ipoteca occulta, e i *consuetudinari* abbozzare una pubblicità, più presto nell'interesse feudale che in quello del Credito. Come tutte le istituzioni che dirette a un fine divergono eventualmente ad un altro, producendo un beneficio a cui non avevano mirato, non soddisfecero al bisogno: anche perchè il bisogno non era ancora sentito. Cos'erano mai le *immissioni di fatto o di diritto* verso la pubblicità ipotecaria? La distruzione, io penso, della nozione stessa della Ipoteca che i romani avevano felicemente imaginata onde la proprietà rimanesse al suo posto mentre un vincolo

(*a*) Brohard Comment. sull'editto delle Ipoteche del 1791.

Digitized by Google

metafisico la teneva obbligata a favore dei terzi. L'*immissione* era uno spoglio. Senza avere il carattere di pegno o di anticresi ne aveva tutti gl'inconvenienti. Il Credito e la Proprietà ne pativano del pari. Il Credito arrestava la sua marcia sulla soglia della prima Immissione, che spogliando il proprietario, non lasciava luogo a nuove Ipoteche. La proprietà, screditata per quella pubblicità troppo violenta, perdeva la speranza di realizzarsi successivamente con nuove obbligazioni di cui la cosa fosse ancora capace. L'Ipoteca, anche una volta, non fu compresa. L'editto del 1771., colla deroga delle immissioni, pare un progresso, comecchè la Ipoteca non fosse in verun modo restaurata: anzi non ci si pensò neppure. I paesi consuetudinari nella loro tenace opposizione all'applicazione dell'Editto, non propugnavano la causa della Ipoteca, ma quella dei privilegi di nazione o di municipio, e delle inveterate abitudini. Sotto questo rispetto gl'italiani erano andati più avanti. Almeno essi ebbero il concetto della pubblicità che mandò ai francesi sino alla legge di Messidoro. Il sistema veneto specialmente (§. XLV.) cominciò a vestire la idea con ordinamenti che molto si avvicinarono allo scopo. Ci son dei moderni che preferirebbero quel sistema ad ogni altro.

2. Le rivoluzioni hanno la proprietà di far camminare gli avvenimenti con una rapidità sorprendente. Il nuovo sistema ipotecario uscì dallo scoppio di una rivoluzione che ingojava gli uomini e le idee, e ne faceva emergere delle nuove che i tempi ordinari avrebbero prodotte, ma lentamente. Sulle rovine del feudo (a) ascendere la Ipoteca, era un discorso logico. La legge di Messidoro, nata in mezzo al fremito di quelle assemblee, considerata come l'apertura, a così dire, del sistema, è un'opera memorabile. Intanto il concetto della Pubblicità era venuto alla luce: concetto grande come l'epoca che lo produsse. L'espressione fu imperfetta e doveva esserlo. L'assemblea legislativa, a cui era commesso il lavoro, non aveva potuto farsi intendere: la Convenzione nazionale se ne impadronì, e votò la legge. Mancò la esperienza; mancò il tempo e la maturità necessaria; perchè le

(a) Definitivamente abolito colla legge 4 Agosto 1789.

Digitized by Google

rivoluzioni pare che sappiano di dover morir presto, e si affrettano. Dal lato letterario molte cose si desiderano nella legge di Messidoro; male ordinata, esposta con poca chiarezza, e destituita dei particolari i più necessari. Havvi in buon dato confusione fra ipoteca generale e speciale: quest'ultima non è determinata e non si sa cosa sia. È censurabile la distinzione d'ipoteca volontaria e forzosa, abbandonata difatti dalle leggi pedissequе. La materia dei privilegi vi è quasi dimenticata. Forse alcuno vorrà disputare se quell'accarezzare i privilegi, che fece la legge di Brumajo e tutte le leggi posteriori, sia cosa utile o no: certo la Convenzione, forse abborrendo il nome, gli ebbe in non cale; nè li conservò che pei titoli anteriori senza nè distruggerli nè classificarli. Anche la forma delle iscrizioni vi è trascurata; la legge di Brumajo perfezionò l'estrinseco di questa formalità terribile. La trascrizione, superbamente organata dalle leggi di Brumajo, è debolmente tracciata in quella di Messidoro: se non che la *dichiarazione fondiaria dei beni* è una specie di presagio delle future nozze, se così è lecito esprimermi, del Censo colla Ipoteca: idea che allora fu appena indicata e forse male applicata, ma che gli altri codici ebbero il torto di non voler riassumere in verun modo. Ma ciò che distingue la legge di Messidoro da tutte le altre, è il famoso tentativo della *mobilizzazione*, che incontrò tanti oppositori, che i legislatori ebbero in disdegno, e che oggidì ridesta voti e simpatie negli scrittori, colla riproduzione delle antiche obbjezioni, e con nuovi attacchi e risposte. Io porto opinione che la legge di Messidoro non fosse felice nell'ordinare il sistema della mobilizzazione; e forse, come ha detto qualcuno, n'esagerò la importanza. Se per mobilizzazione s'intende la maggior facilità e speditezza di commerciare i valori immobiliari coll'istrumento dell'Ipoteca, io stimo che questa condizione economica sia per essere il risultato di quel sistema ipotecario, perfetto nella sua semplicità, che ancora aspettiamo. Ma questo non era l'intendimento della legge di Messidoro. Il sistema *cedulare* non era che la *ipoteca sopra se stesso*, come la chiamavano, ossia una creazione di valori commerciabili fondati sull'immobile diviso in parti e frazioni, che il proprietario si proponeva di far girare come effetti di portafoglio, riconosciuti che fossero

Digitized by Google

dall' autorità del Conservatore. Questo sistema è possibile? Io non ci vedrei quei pericoli di rovinose speculazioni che avvisa Troplong. Ma non conviene esagerare, soprattutto: non credere che la terra possa volatizzarsi, mi si permetta la frase, come un biglietto di Banca: non c'è forza d'imitazione che possa cangiare la natura delle cose.

3. Successivamente alla legge di Brumajo, quelle del 9 ventoso anno 7.° e del 21. dello stesso mese determinarono le funzioni dei Conservatori, e ordinarono gli ufficî.

Digitized by Google

PARTE QUARTA

§. LIII. — *Dei codici e delle leggi ipotecarie in Italia dopo la espulsione dei francesi, e la ristaurazione dei Principi italiani.*

§. LIV. — *Dei miglioramenti portati al Codice Napoleone dalle legislazioni italiane; e del sistema Tavolare.*

§. LV. — *Delle ultime riforme belgiche e francesi.*

§. LVI. — *Delle opinioni degli scrittori moderni sulla conservazione o abolizione assoluta del sistema ipotecario.*

§. LVII. — *Delle opinioni degli scrittori moderni intorno alle riforme da farsi al sistema ipotecario. Proposte del Neigebaur.*

§. LVIII. — *Di alcuni Trattati ipotecarî. Cenni sulla letteratura ipotecaria in Italia.*

§. LIX. — *Seguita il parlare degli studî italiani, e di alcuni distinti lavori che tendono alla riforma del sistema ipotecario.*

§. LX. — *Alcune opinioni dell' autore sulla riforma ipotecaria.*

§. LXI. — *Continuazione.*

§. LXII. — *Continuazione e fine.*

§. LXIII. — *Credito Fondiario. Credito Agrario. Banche Ipotecarie.*

Digitized by Google

§. LIII.

Dei Codici e delle leggi ipotecarie in Italia dopo la espulsione dei francesi, e la ristaurazione dei Principi italiani.

1. Novità, moti politici, rivelazioni della esperienza, ardente amore del meglio, con dubbi ed oscillazioni sopra alcuni principi del sistema e sul modo di applicarli, partorirono nel paese nostro quella moltitudine di leggi abbastanza note, e di cui darò più avanti la serie cronologica. Riducendo quel cumulo a sommi capi 1.° Organizzazione del sistema in leggi proprie, che è stato il pensiero di tutti i nostri governi, dove prima e dove poi, ricopiando, è vero, in moltissima parte e appropriandosi la idea francese, ma altresì migliorandola. 2.° Pubblicazione di codeste leggi (non tutte nate ad un parto, come io diceva) ripetuta e varia giusta il vario assestarsi dei territori sconvolti dalla occupazione gallica. Il che ha prodotto di necessità una certa mole di atti e notificazioni che non riguardano punto il sistema ma la sua esecuzione. Sotto l'aspetto giuridico, noi vediamo tutte quelle leggi staccate e volanti, a così chiamarle, affaccendarsi nella cura delle parti estrinseche e ostensibili del sistema, delle trascrizioni cioè e delle iscrizioni; come formularsi, come armonizzare colle rispettive indoli delle legislazioni; come provvedere alla esattezza e precisione delle modalità loro, ora dettando metodi agli uffici, ora correggendo un inconveniente, quando inseguendo un abuso, infliggendo pene, moderando il rigore a persone privilegiate; colle rinnovazioni ipotecarie oscillando alcun tratto, in momenti di marea politica; e studiando i modi di regolare le espropriazioni forzose, una delle importanze primarie, uno dei più spinosi problemi giudiziari ed economici. Quella moltitudine di leggi prova l'affollamento dei pensieri di pubblica utilità che si presentarono a legislatori novelli, venuti a reggere paesi su cui era passata la conquista straniera, e che conveniva moderare con lenti e successivi spedienti che tutti non si potevano offrire ad un tratto alla mente di un regnante, e che circostanze imprevedute

Digitized by Google

mano mano venivano richiamando. Un regolamento generale potrebbe far rientrare in se quei frastagli, quelle minuterie di leggi, e allora si vedrebbero in mostra pochi e grandi principî circondati da un apparato esecutivo niente esagerato e difficile.

§. LIV.

Dei miglioramenti portati al Codice Napoleone dalle legislazioni italiane; e del sistema Tavolare.

1. Due cose principalmente furono rimproverate al sistema francese, le ipoteche legali, lasciate alla oscurità antica; e il difetto delle trascrizioni, ossia della prova pubblica degli acquisti e dei loro passaggi. Dirò fra poco del grande clamore che non ha guari si levò in Francia sopra queste due vaste lacune del codice, e dell'agitarsi degli scrittori transalpini, laddove già, caduto appena il governo francese in Italia, quei vizî cominciarono a sparire dalle nostre leggi. O italiani perpetui imitatori di Francia! Noi avevamo già sopposte ad iscrizioni tutte quante le ipoteche legali, e stigmatizzati gli acquisti, permettetemi la frase, del suggello della trascrizione, allorchè in Francia, nella rinnovata repubblica del 1849 e 1850, se ne trattava come di una produzione che sorgeva allora allora sulle rive della Senna; e Dio guardi che mai si additasse l'esempio dei codici italiani e delle buone prove che le riforme aveano fatte sul nostro terreno!

2. Anche nei tentativi di sistemare la espressione della proprietà, ci ponemmo in vantaggio sui nostri vicini d'occidente; contuttociò non siamo molto inoltrati. Fummo assai vaghi di sapere come si esprimano i carichi della proprietà; assai poco come si spieghi la proprietà per mostrarsi abile a sopportarli. Nell'art. 26 della celebre legge di Brumajo era stato posto « gli atti » traslativi dei beni e dei diritti suscettibili d'ipoteca, devono es» sere trascritti sui registri della conservazione delle ipoteche, nel » di cui circondario sono situati gli stabili; senza di che non po» trebbero essere opposti ai terzi che hanno contrattato col de» bitore ». Il Codice Napoleone ebbe il torto di rinunciare a questa tradizione della legge fondamentale. Ed ho avvertito che la

Digitized by Google

trascrizione fu tornata in onore dalle leggi nostre, molto e molto innanzi che i francesi si pentissero di averla negletta. Ma la trascrizione degli acquisti non rimedia al difetto di un impianto generale della proprietà. Come ai tedeschi andiamo debitori del primiero concetto di pubblicità (*a*), benchè imperfetto e rude, benchè meno rivolto al riordinamento del credito che alla confessione dei diritti signorili (*b*), similmente dobbiamo a quel feudalismo potente il concetto della descrizione territoriale: chiamato poi nei moderni tempi *sistema tavolare*. Il suo intento è di far vedere come in uno specchio la proprietà stabile con tutte le sue affezioni; la realità con tutte le sue limitazioni; la base insomma della Ipoteca con tutte le sue condizioni di estensione e di durata. I savi governi di Germania si giovarono di questo elemento di civiltà sottratto alla dissoluzione feudale (*c*); e ce ne diedero con accomodate applicazioni il pratico esempio. Sino dalla metà del secolo passato nacque in Germania il *sistema tavolare* di cui eccovi un cenno storico (*d*).

(*a*) §§. XLIX. L. Ma quelle abitudini del settentrione della Francia affluivano di Germania. Duck. de usu etc. jur. civ. rom. Lib. 2. C. 15. num. 11. ed altrove Müller Not. ad Struv. Syntagm. jur. Exercit. 26. Tit. quaeres pign. Th. 22. Voet in pand. de pignor. N. 9. 10. 11.

(*b*) §. L.

(*c*) In alcune provincie di Germania durano i feudi, ma ridotti alle proporzioni di un mero rapporto civile. Ivi l'intavolazione sussiste nell'interesse signorile, onde ha uno scopo assai diverso. Winwarter Dir. Civ. Austr. T. 2. §. 22. Carabelli Introd.

(*d*) « Secondo Zeiller, Nippel, ed Ellinger al §. 321. Cod. civ. austr. furono attuate le così dette *tavole provinciali* nella Stiria colle patenti 15 Marzo 1730 e 31 Ottobre 1736, nella Carinzia colla patente 25 Giugno 1746, nella Carniola il 24 Giugno 1747 e 28 Settembre 1771, nell'Austria sopra l'Enns il 3 Ottobre 1754, e colla successiva patente 7 Agosto 1762, nell'Austria di sotto dell'Enns, colla patente 24 Novembre 1758, e colle istruzioni 15 Febbraio 1759, in Trieste il 26 Ottobre 1762, secondo Ellinger; e secondo Nippel nel 1772, in Gallizia colla patente 4 Marzo 1780, in Brisgovia il 1 Agosto 1780, nella Bucovina cogli aulici decreti 27 Gennaio 1791 e 22 Febbraio 1804, nel

Digitized by Google

3. Il gran Libro tavolare si divide in due parti, l'una delle quali contiene la storia compiuta della proprietà, l'altra la serie dei documenti giustificativi con bell'ordinamento cronologico. La prima che è il vero *Libro Mastro* consta di sei distinte rubriche; nella prima si ha la perfetta descrizione del fondo colle sue denominazioni, qualità, quantità superficiale, ubicazione precisa; la seconda indica la valutazione governativa, o estimo censuario, per norma delle imposizioni e dei tributi; la terza narra i movimenti della proprietà con tutti i nomi degli autori e dei successori; nella quarta si ricordano con esattezza di richiami i titoli giustificativi la provenienza e i transiti del fondo; nella quinta si veggono esposte le qualità passive di quello, i pesi e i vincoli reali: servitù, affezioni livellarie, gravami di sostituzioni, cause evizionali; rescissorie o risolutive del dominio; patti di prelazione, di retratto e via discorrendo; ipoteche, prenotazioni, oppignoramenti ecc.; l'ultima annuncia le prove di tutte queste affezioni. Il *secondo Libro* che è un'appendice del primo contiene i documenti (*a*). Questo impianto fu generalmente adottato, con poche variazioni locali; in tempi recenti vi furono introdotti miglioramenti notevoli dalle leggi di Prussia (*b*), Baviera (*c*), Wurtemberg ed altre. L'applicazione definitiva della pubblicità tavolare al Lombardo-Veneto affrettano coi loro voti i più chiari scrittori del regno che ben ne sentono la importanza (*d*).

Tirolo dell'Inn colla patente 10 Gennaio 1791 e col decreto aulico 7 Marzo 1818, in Lemberga il 25 Maggio 1792, in Boemia e Moravia il 22 Aprile 1794, nell'Illiria furono riordinate il 20 Settembre 1814, e fin anch nei *Confini militari* furono diramate in proposito le istruzioni 1 Agosto 1808. » Questa nota è tolta dall'opera del Carabelli §. XXIV. della Introduzione pag. 62. Diritt. ipot. vig. nel L. V.

(*a*) Zeiller, — Winwarter, — Carabelli l. d.

(*b*) Codici di Federico Guglielmo 1 Giugno 1794 per la Prussia e altri paesi di Germania.

(*c*) Leggi ipotecarie 1 Giugno 1822.

(*d*) Basevi annot. al CC. Austr. Comm. al §. 431. — VI. ediz. Milano 1855. « Sembra mente del Legislatore Austriaco di estendere questo

4. Questo è il gran libro dei possessi legittimi fuor del quale non possono essere provati (*a*). Questo sistema può chiamarsi l'apogèo della pubblicità; giacchè, rapporto ai terzi, fa dipendere interamente il diritto dalla notizia che se ne ha per le vie legali. *O tutto o nulla*: bisogna proprio dir così. A pubblicità imperfetta è forse da preferirsi l'oscurità totale. In proporzione dei lumi che somministra al terzo, cioè a colui che non ha ancora acquistato, la legge diventa avara di protezione e di soccorso all'acquirente che non ha voluto o saputo profittarne. Certo bisogna saper leggere in que' libri; onde potrebbe temersi non il fiero meccanismo divorasse, per così esprimermi, le facoltà degl'incapaci per difetto dei loro rappresentanti, dove non opponesse difesa quella tutela legale dei minori che è in vigore in alcuni dei nostri stati d'Italia, e si esercita coll'opera immediata dei magistrati giudiziali (*b*).

---

beneficio a tutte le parti del vasto Impero, leggendosi nel §. 1468. del Codice » *In quei luoghi nei quali non sono stati per anco introdotti i pubblici libri ecc.*

(*a*) §. 321. del Cod. Gen. Austriaco « Nei luoghi ove esistono le così » dette Tavole provinciali, i libri civici e fondiari, o altri pubblici re» gistri di simil genere, il possesso legittimo di un diritto reale si ac» quista unicamente mediante la iscrizione regolarmente fatta in questi » pubblici libri. » Id. — §. 322. Quanto al trasferimento della proprietà, non è men chiaro il §. 433. « *per la traslazione della proprietà* me» diante contratto riguardo ai fondi rustici basta che quegli che conse» gue e quegli che accetta, o il primo soltanto presentisi alla signoria » cui soggiace il fondo *e faccia seguire nei pubblici libri la iscrizione del* » *l'atto di acquisto* » — V. anche i §§. 436. 437. 440. 441. 443. 1126. 1137. 1142. ed altri. — Del resto nel regno Lombardo-Veneto, la proprietà e il possesso non si trasportano per mezzo dei registri ipotecari: poichè per la notificazione governativa 16 Marzo 1816 furono mantenute in vigore le leggi precedenti. — Ciò sia detto di passaggio, onde parlarne poi a suo luogo.

(*b*) Nel *Belgique judiciaire* del 5 Marzo 1854 si legge una statistica che sgomenta. Fra 409 tutele apertesi nel 1853 nel solo dipartimento di Charleroi, sei iscrizioni ipotecarie solamente furono prese a favore degli amministrati. — Neppur una negli altri cantoni sopra 270 tutele.

Digitized by Google

Risponde a questo sistema la istituzione delle *Prenotazioni* che vedremo essere utilissima (*a*).

§. LV.

Delle ultime riforme belgiche e francesi.

1. Correndo l'anno 1841. Van Volxem, ministro di Giustizia nel Belgio, nominava una Commissione per redigere un progetto di riforma ipotecaria (*b*). Presentato dal Ministro alla Camera dei rappresentanti il 7 Novembre 1848, dopo i soliti dibattimenti riportò l'approvazione delle due Camere; la legge fu vinta nel 16 Decembre 1851, pubblicata il 22 Decembre; e inserta nel Monitore, fu messa in attività col 1 Gennaio 1852. La riforma si può compendiare in due parole: pubblicità assoluta. Pubblicità di alienazioni, e di qualsivoglia affezione della proprietà terriera: abolizione per conseguente delle Ipoteche legali occulte. La quale innovazione parve in quei paesi arditissima, e fu segnalata da molti inconvenienti. (V. sopra nota (*b*) §. LIV.). Ciò non prova niente contro la bontà della istituzione: prova solo che l'interesse degl'incapaci ha bisogno di una protezione più efficace.

2. Il movimento che cominciò a farsi sentire in Francia sotto Luigi Filippo, ascese a grandiose proporzioni nel 1850. Non è chi ignori il famoso Rapporto di Vatimesnil (*c*), che recò al banco

---

(*a*) La Voltura Estimale istituita in Toscana e assai bene regolata, come può vedersi nelle Istruzioni 1 Aprile 1820 ai Cancellieri, tiene qualche lontana sembianza del sistema tavolare: ma in effetto non è che la trascrizione. Il Dott. Vanni scrisse su questa materia un opuscolo molto stimato. Del quale, e di una proposta dell'auditor Rossini, di cui dirò più avanti, ragionando il ch. Auditore Iun. Gigli toccò dei miglioramenti che sarebbero necessarî a quel sistema. *Temi. Toscana* 28 *Febbraio* 1851.

(*b*) Decreto Reale 24 Decembre 1841.

(*c*) *Rapport fait par M. De Vatimesnil en nom de la commission chargée d'examiner la proposition de M. Pongeard et le projet de loi presenté par le Gouvernement sur les privilèges et hypothèques* — Supplemento — al N. 116. del Moniteur del 26 Aprile 1850.

Digitized by Google

del parlamento, come uno dei grandi interessi dell'epoca, la riforma ipotecaria.

Non ho stimato dovermi in questo preliminare trattenere sull'esame dei codici che saranno materia perpetua del mio tema, ma giova che io spenda qualche parola intorno a quel disegno, che la burrasca politica dissipò, per vedere un poco a che termini di progresso pervenuta fosse la idea ipotecaria, assunta dai maggiori ingegni della nazione (*a*). Ho necessità di esaurir qui un soggetto sul quale non posso rifarmi.

3. Non poche delle riforme che in Francia si operarono o si tentarono fra agitate e rumorose discussioni, e con maraviglioso apparato di studi preliminari, si erano di quieto insinuate in alcuno dei nostri codici, caduto appena il regno napoleonico, per un semplice e pronto concetto del legislatore; talchè noi, per così dire, non ce ne siamo accorti (*b*). In Francia fu mestieri interrogare, con circolare del guardasigilli (Martin du Nord) la Corte di Cassazione, la Corte d'appello, e le Facoltà tutte di diritto, i cui vasti e preziosi lavori sono raccolti in tre volumi, in questo concordi che il sistema del Codice Civile aveva bisogno di grandi e radicali cangiamenti. Principal segno di quella vivace opposizione fu il difetto della Trascrizione. Davvero che quella troppo ignuda semplicità nella forma delle trasmissioni, di cui il Codice si vantava, quasi avesse poste in fuga le così dette sottigliezze del diritto romano, aveva fatto retrocedere la giurisprudenza della pubblicità. Se le istituzioni degli antichi romani non favorivano la cognizione ipotecaria, non essendo questo dell'indole loro nè questo richiedendo quella condizione di società e di tempi, furono però solenni propagatori delle trasmissioni dei domini quiritari,

---

(*a*) Era istituita una Commissione legislativa in cui splendevano questi nomi — Troplong, Persil, Renouard, Tallon, De Delmas, Ferey, Duranton, Fleury, Duvurgier, Fabre, Laferrière e Bravard-Veyrières. Moniteur universal. 26 Agosto 1849.

(*b*) Parlo principalmente della Trascrizione e della pubblicità delle ipoteche legali. Legge Pontificia. M. P. di Papa Pio VII. 6 Luglio 1816. Legge Toscana del 1820.

Digitized by Google

colla *mancipatio*, e *l'in jure cessio;* forme rigide che il pretore temperò colla *traditio*, che fu assai meno, ma che tuttavolta non lasciava senza segno sensibile e noto il mistero della traslazione. Quell'apparecchio di una discussione sollevata dal soffio energico del Potere, non andò perduto per gli uomini di Febbraio; si capì che *la proprietà è la base della ipoteca.* Bisognò ripiegare sulla legge di Brumajo, che fu una grande ispirazione dissipata dalla impazienza di un legislatore guerriero. Difatti *le disposizioni preliminari* del progetto si occuparono della *trasmissione dei diritti reali*, e delle formalità della sua pubblicazione (*a*). La prima idea che si presentò alla mente della Commissione, e la prima sua cura fu la manifestazione dei passaggi della proprietà: la Trascrizione. Vi si assoggettarono gli atti e contratti fra vivi, e le sentenze passate in giudicato.

4. Fin qui tutti gli spiriti sentivano del pari. Ma la *forma* si presentava come un difficile problema da sciogliere. Novità di ordinamenti amministrativi, in servigio della Ipoteca e del Credito, sorgevano spesso da quelle menti feconde (*b*). Alcuni volevano si attaccasse l'ufficio delle Ipoteche a quello del Registro; altri pensava una congiunzione del Catasto alle Ipoteche, e una forma alemanna. Un rapporto di Lelievre mostrò la difficoltà somma di questa operazione, e i pericoli a temersi: e non forse senza ragione, conciossiachè quello che chiamiamo *sistema tavolare* (§. LIV.) richiegga lavoro lungo e lentissimo, e solo possa condursi con istudî pazienti nel corso di più anni (*c*). Ventilati i varî partiti

---

(*a*) V. M. Martou. — Des privileges et hypotheques — *Commentaire de le Loi* 16 *Décembre* 1851. *sur la revision de régime hypotecaire.* — Bruxelles et Paris 1855.

(*b*) Audiffret — *de la liberation de la proprietè* — Loreau — *Du crèdit foncier et des moyens de le fonder* — Robernier — *De la prevve du droit de proprietè* — Hèbert — *De quelques modifications importantes a introduire dans le règime hypothecaire.*

(*c*) Di quel sistema non furono capaci i francesi. Nel gius germanico l'iscrizione tavolare (seguiterò a chiamarla così) costituisce *il diritto di proprietà vero e certo rispetto ai terzi;* esso perciò riposa sotto la garanzia

Digitized by Google

si finì coll' adottare la Trascrizione sulla copia autentica intera dell' atto (*a*). Ma la redazione dell' articolo di cui parliamo seminò un grande imbarazzo con una parola. La Trascrizione, secondo quel sistema, pare non fosse solamente utile ad impedire la sopravvenienza delle ipoteche iscritte a carico dell' alienante, ma si avesse propriamente come condizione assoluta del trasferimento del dominio talmente che il venditore potesse anche rivendere: come vedremo in alcune delle nostre legislazioni intervenire (*b*). Ora posero quei legislatori che la regola si limitasse dove il secondo acquirente si provasse *di mala fede* (*c*). Ecco il principio metafisico ed occulto scompigliare l' ordine materiale e manifesto; e la solennità esteriore messa in problema. In ciò furono più conseguenti le leggi e le sentenze anteriori. La Corte di Cassazione, già imperante la legge di Brumajo, decise più volte che la cognizione che il secondo acquirente avesse avuta di una alienazione precedente, non gl' impediva di opporre il difetto di trascrizione, e quindi l' inesistenza legittima di qualunque alienazione (*d*).

5. È lodata riforma quella che corresse l' articolo 2101 del Codice Civile, stanziando che i privilegi, ivi noverati, non colpissero gl' immobili se non in mancanza di mobili.

---

del magistrato che esaminò i titoli, che li riconobbe e definì; laddove, e nel progetto, e ordinariamente nelle legislazioni che l' adottarono, la *trascrizione* è un atto di volontà privata, che nulla stabilisce sulla legittimità assoluta del titolo trascritto.

(*a*) Norme date ai Conservatori per le Trascrizioni qualora si dovessero eseguire sulle matrici dei notaj. — Decisione amministrativa 22 Febbraio 1854.

(*b*) Leggi Austriache. La trascrizione nel sistema pontificio è limitata agli effetti ipotecarî; come a suo luogo si dirà.

(*c*) Jusque là, ils (gli atti e contratti fra vivi non trascritti) ne pourront être opposès aux tiers qui aurient contractè *sans fraude. Articl. prem.*

(*d*) Martou §. 68. — Arrèt. 23. Messidor an. X. et. 3. thermidor. an. XIII. — Una legge Imperiale 1 Gennaio 1856 ha fatto d' obbligo la trascrizione di tutti gli atti traslativi della proprietà — V. anche Mourlon. — Examen critique an commentaire de M. Troplong. N. 331.

Digitized by Google

L'*azione risolutoria*, accordata al venditore, venne ristretta alla durata del privilegio, che dovendo apparire dalla iscrizione, era guida sicura a chi voleva essere istrutto della esistenza della clausula (*a*).

L'*ipoteca legale*, oggetto di tante polemiche, doveva essere iscritta non meno della convenzionale, giusta il progetto della Commissione; ma fu vinto un emendamento che diceva doversi dispensare dalla iscrizione le ipoteche legali *durante la tutela ed il matrimonio; e solo entro l'anno*, dacchè l'una fosse cessata e l'altro disciolto, cominciasse l'obbligo della iscrizione. Così nè la generalità, nè la occultezza della ipoteca legale eran tolte; mezze misure: rimedi imperfetti. Nelle assemblee numerose e clamorose, bisogna crederlo a me, le leggi proposte dalle commissioni che ci hanno ben pensato, si guastano ma non si migliorano.

Le *ipoteche giudiziali* si abolivano, contro la opinione autorevole di M. Wolowski: bene o male, dirò più avanti la mia qualunque opinione. Le rinnovazioni si vollero trentennali.

Fu istituita la *obbligazione ipotecaria* pagabile all'ordine o al presentatore, e trasmissibile per mezzo di girata, con questa regola che la firma del girante e la data fossero certificate da Notaio.

La prescrizione della ipoteca fu misurata da quella del credito.

Ommetto altre riforme di minore importanza.

6. Riassumendo: ritorno alla savia ma non perfetta Trascrizione del Brumajo; una modificazione prudente nel sistema dei privilegi ma tenue troppo verso il bisogno; utile manifestazione di qualcuna delle condizioni passive della proprietà; rimedio importante al vecchio malore delle ipoteche legali; abolizione, per lo meno avventata, delle ipoteche giudiziali; un conato di mobilizzazione, ma indigesto, ma impreparato, ma privo di tutto quel corredo di disposizioni analoghe capaci di persuadere che quella idea possa diventare una realtà.

(*a*) Ammendamento del ministro Rocher.

Digitized by Google

§. LVI.

Delle opinioni degli scrittori moderni sulla conservazione o abolizione assoluta del sistema ipotecario.

1. Quando il sistema ipotecario francese comparve innanzi ai suoi giudici in compagnia di quei vizî che aveano levato contro lui un grido universale di accusa, non è maraviglia che alcuni, come indegno di perdono, lo ributtassero. È fama che, fra questi, così sentissero Casimiro Perier (*a*), e Jourdan: in Belgio e in Germania lo condannarono Decourdemanche (*b*) ed altri, in Francia Chevalier, Blanqui, Foelix ecc. che affaticarono la mente per inventare, in sostituzione, nuovi sistemi. Anche alcuni scrittori che si pongono nominalmente nella schiera dei riformisti, come verrò accennando, in effetto si mostrano avversarî dichiarati di quel concetto, e se ne formano uno totalmente diverso. Quasi tutti però questi novatori, se rifiutano la forma attuale, si distinguono per un certo fervore per la pubblicità, che vorrebbero spingere all' ultimo segno. Quindi dalle tradizioni dei celebri dibattimenti del Consolato attingono quel tanto che conforta le rispettive loro opinioni, e piegano per esempio assai più volontieri verso Treilhard, che verso Bigot-Preamenau, Cambacères, e Portalis dove difendono la clandestinità. Ma uno scrittore siciliano, l'Avv. Diego Orlando (Palermo 1854.) vuole la morte,

---

(*a*) Il ministro Perier nel 1827, proponeva un premio di 3 mila franchi all' autore di una memoria che meglio risolvesse, fra gli altri, il seguente problema — quale sarebbe la miglior legge possibile che, armonizzando gl' interessi dei prestatori, dei proprietarî, e del fisco, col sussidio delle opportune guarentigie ottenesse un risultato che agevolasse il movimento dei capitali verso la proprietà terriera ecc. — Già nel 1829 i giornali, organo del ministero, lamentavano i tristi effetti del sistema ipotecario che sgomentava il capitale dall' accoppiarsi colla terra, preferendo gl' impieghi industriali, divenuti meno pericolosi di quello.

(*b*) Nel 1831. È questa la idea che Troplong dice sansimoniana e nemica della proprietà.

Digitized by Google

proprio la morte, del sistema ipotecario contro il quale si scaglia coll' impeto di una rara eloquenza.

2. *Osservazioni sul libro dell' Avv. Orlando.*

Il *radicalismo*, per così chiamarlo, che distingue la sua opera fra tutte le altre di questo genere, si annuncia chiaramente in quelle proposizioni — 1.° *il sistema ipotecario è fondato sopra un principio ingiusto* — 2.° *è organicamente e radicalmente contrario al credito* — 3.° *non è possibile purgarlo da suoi vizî senza distruggerlo* — 4.° *l' unico mezzo per governare il credito, tanto per se, che relativamente agli acquisti immobiliari, è quello di ricondurlo al termine comune delle obbligazioni.*

Ecco, in succinto, come l' ingegnoso scrittore tenta dimostrare l' arduo assunto.

Prima proposizione. Piglia le mosse dal principio consacrato dalla legislazione francese (*a*), *che tutti i beni del debitore sono la comune garanzia de' suoi creditori,* e scorge una palmare ingiustizia nel diritto prelativo che si accorda all' ipotecario. Gli pare di vedere distrutto il principio anziposto: giacchè non è più vero che tutti i beni del debitore siano la garanzia del creditore, se un creditore ipotecario può privarne il chirografario a lui anteriore stipulando a se stesso una prelazione (§§. VIII. a XI.).

Ma perchè il primo creditore non ha provveduto alla propria situazione, procacciandosi una garanzia ipotecaria? Risponde, che non sempre il difetto si può ascrivere alla incuria del creditore; ma le più volte è forza di circostanze da lui indipendenti (§§. XII. XIII.).

Riconosce la competenza del legislatore nel concedere a certi atti del consorzio civile, come a quello della dote, una protezione particolare, ma osservando, che la *ipoteca legale*, non meno della convenzionale, primeggia sul chirografario che, secondo lui, dovrebbe avere una posizione coeguale agl' ipotecarî, la incarica della medesima ingiustizia (§§. XIV. XV.).

E rigetta anche la *ipoteca giudiziale* per la stessa ragione (§. XVI.).

(*a*) Articoli 2093. 2094. Cod. civ.

Digitized by Google

Sempre col principio che l'anteriorità deve misurarsi dal credito e non dalla ipoteca, condanna la regola del *contributo* (da lui qualificato *comunismo*) fra i chirografari (§§. XVIII. a XXI.).

Seconda proposizione.

Seguita a supporre un concorso di chirografari. Osserva che il *primo* creditore ha prestato sulla ragionevole fiducia che gli presentava il patrimonio del debitore; che nessuno vorrà prestare quando sappia che dei creditori posteriori potranno dividere con lui quella sostanza sulla quale aveva contato, fraudandogli una parte del suo avere; e così il Credito perirà (§§. XXII. a XXVII.).

All'obbietto che, *giusto per evitare questo disappunto è costituito il sistema ipotecario,* si fa incontro, ripetendo, che non è sempre in potere di tutti, e di tutte le circostanze, il farsi dare una ipoteca. Le difficoltà che un impiego ipotecario ha bisogno di superare gli fanno dire, che nella scarsezza degli affari isterilisce il Credito che ha d'uopo di un moto vivace, e di una circolazione senza ostacoli (§§. XXVIII. a XXXI.).

Le formalità rigorose che il sistema esige minacciano negli ipotecari un continuo pericolo. Vede l'astuzia dapertutto trionfante, e la buona fede quasi sempre sacrificata. Fa dei concorsi dei creditori, e delle loro conseguenze una pittura assai viva, alquanto esagerata, ma in gran parte vera; e mostra la impotenza del sistema ipotecario a salvare il Credito (§§. XXXII. a XXXVIII.).

Terza proposizione.

Se ne spedisce col dire che quando il vizio attacca le *parti essenziali e naturali* di un sistema, è irrimediabile (§§. XXXIX. a XLIV.).

Quarta proposizione.

La obbligazione del debitore nasce dal consenso; in virtù del consenso il debitore obbliga i suoi beni; e questi obbligati una volta, non possono una seconda obbligarsi: sicchè il primo creditore deve sempre prevalere al secondo, e così via di seguito: tal essere il sistema semplice e logico delle obbligazioni consacrato dall'antico e nuovo diritto.

Ma il ch. autore si arresta al pensiero che non potrà il prestatore calcolare la esistenza e la importanza delle obbligazioni che precedono la sua, senza conoscerle. E come potrà conoscerle?

Digitized by Google

Mediante un ufficio nel quale *tutti i debiti*, e così pure tutti i movimenti della proprietà siano pubblicati. Onde sarà necessario che tutti i contratti siano recati a forme autentiche, e assicurati dalla registrazione. Se gli atti e le convenzioni verbali o non autentiche andranno perdute dal conto, bene sta a coloro che non avranno osservata la forma prescritta. Degli opportuni annotamenti si darebbe rigoroso carico al pubblico ufficiale. Propone eziandio di render manifeste le obbligazioni dei mariti verso le mogli, e quelle dei minori ed interdetti verso i tutori e amministratori, pubblicando i contratti e gli atti relativi. Le cifre dovrebbero essere determinate con una prudente approssimazione (§§. XLV. a LXXXII.).

3. Così l'autore, che prometteva ritornarci *al termine comune del diritto delle obbligazioni*, si è trovato in necessità di ricostituire un sistema ipotecario, cioè di prelazioni creditorie, sulle basi della pubblicità. Professando non esservi ordine legittimo fuor quello che nasce dalla data naturale delle obbligazioni, ha poi dovuto immolare questo principio *a una forma convenzionale*, esiliando dalla concorrenza tutti quegli atti e contratti che non fossero muniti della registrazione, e solennemente pubblicati. Dopo aver condannato, come un'astuta soperchieria, il vantaggio che un creditore si procaccia sull'altro stipulando un'ipoteca; e scagionando da incuria e negligenza tutti coloro che non seppero o poterono a se stessi provvedere lo stesso istrumento di sicurezza, non sa trovare un rimedio, una scusa, a quelle infinite transazioni verbali e private che dovrebbero necessariamente sfuggire alla pubblicità. Non pose mente che lo stesso diritto romano creò la Ipoteca, cioè un ordine superiore di obbligazioni, distinte dal loro oggetto (la realtà) onde l'egregio autore, innalzando con lodi la sapienza di quegli antichi, non fa che recitare il biasimo del suo progetto. Il principio — vigilantibus non obdormientibus jura succurrunt — che è la divisa di tutti coloro che nel mondo vanno avanti, non si potrà mai abolire da verun codice. Anche la vita giuridica ha le sue agitazioni e le sue lotte; e la migliore non è mai serbata ai poltroni. Chi non volendo correr la fiducia della persona non saprà, o dimenticherà, procacciarsi una ipoteca, e troverà briga del presentare una nota per farla iscrivere, o un

Digitized by Google

dappoco di cui non bisogna tener conto. Agli ignavi ed agli sciocchi, volontariamente tali, nessuna protezione. Tornando al sistema del sig. Orlando, non si esita nel tenerlo d'impossibile esecuzione. I registri traboccanti di milioni di atti e di cifre non sarebbero più leggibili; renderebbero una confusione spaventosa; nessun ufficiale basterebbe a tanta mole. Se tutti quanti gli atti e le convenzioni dovessero subire questa tortura del registro e della pubblicità, onde non perder il diritto, quando che sia, di oppignorare i beni del debitore, per conseguenza dovrebbero eziandio soggiacervi le innumerevoli transazioni commerciali che si fanno ogni giorno, specialmente nei grandi centri di commercio; e ciò passa ogni confine. Così veramente il Credito perirebbe, maciullato, a così esprimermi, sotto la ruota delle formalità. In quel sistema, ogni debito, anche di minimo importare, coprirebbe i patrimoni, nè giova rispondere che la invasione è legittima, dal punto che un creditore può sopra qualsivoglia sostanza del debitore consumare la sua sentenza: perchè è ben altra cosa praticare un sequestro in forza di una condanna, e colla sola formazione di un debito personale, acquistare immediatamente un diritto reale su tutti i beni del debitore. Noi che della moltitudine e del vario intrecciarsi delle ipoteche generali ci lamentiamo, perchè di questo rimedio non saremo contenti? Chi mai potrebbe vendere e chi vorrebbe comprare se la proprietà sarebbe ferita e crivellata dalle punte senza numero dei debiti personali, ognuna delle quali ne arresterebbe la circolazione, perchè da ogni credito nascerebbero azioni persecutorie dei terzi? Ecco dove sempre arrivano le idee estreme, e le impazienze dei novatori!

§. LVII.

Delle opinioni degli scrittori moderni intorno alle riforme da farsi al sistema ipotecario. Proposte del Neigebaur.

Le accuse del sistema sono gravi; ma infine poi, a non voler esagerare, il processo non è lungo. Fissando lo sguardo sopra alcune delle opinioni nuove che gridano e propongono riforme, noi vediamo a questo orizzonte dei limiti abbastanza determinati.

Digitized by Google

Una onorata e particolare menzione si deve alle opere pubblicate dal Cav. Ferdinando Neigebaur, Consigliere intimo del re di Prussia, sul codice ipotecario prussiano.

I principali inconvenienti del sistema francese possono riassumersi in questi capi 1.° Difetto di pronte e sicure indicazioni a individuare l'immobile. 2.° Difetto di cognizione pronta e precisa delle affezioni intrinseche della proprietà. 3.° Oscurità prodotta dalle ipoteche legali non iscritte, e dai privilegi pure non iscritti. 4.° Ipoteche generali. 5.° Insufficienza delle Trascrizioni. 6.° Rinnovazioni decennali.

Il consigliere di Prussia che scriveva nel 1822 o su quel torno (giova avvertir l'epoca), volgeva la prima sua cura alla tanto desiderata unione del Catasto coll'ufficio ipotecario; voleva che l'estratto del catasto precedesse la iscrizione del titolo del possesso; voleva la iscrizione di tutti *i diritti reali*, senza riserva, dei vincoli cioè che impediscono la trasmissione, o la rendono meno piena, o ne limitano la durata. Dominio utile, usufrutto, diritti d'uso, e d'abitazione, patto di ricupera ecc. (*a*). Giusta questo sistema, la iscrizione del titolo *di proprietà* (trascrizione) è la condizione del trasferimento del dominio a tutti gli effetti. Pubblicità delle ipoteche legali; e cautele rigorose onde siano eseguite le iscrizioni. Pubblicità di tutti i privilegi. Egli mantiene la *eternità giuridica* delle Iscrizioni; cioè vita perenne senza bisogno di rinnovazione, e finchè non siano cancellate o radiate legalmente.

Poi si dettano le norme pratiche che fanno capo a queste tre rubriche — 1.° *Del titolo del possesso* — 2.° *dei pesi perpetui e impedimenti a disporre* — 3.° *delle Ipoteche.* Al punto in cui siamo non c'è più novità in queste proposte, che allora avevano, in certo modo, il merito della invenzione, massime per gli stranieri

---

(*a*) Parla, come di cosa usuale in Prussia, della *iscrizione protestatoria*, che vale, a mio credere, la *prenotazione* austriaca: iscrizione eventuale e risolubile, che si ottiene dal giudice, pendente la controversia, e che aspetta la sua conferma da una sentenza definitiva.

Digitized by Google

che non guardavano mai di qua dall' Alpi ove alcune di quelle istituzioni avevano già reale esistenza (*a*).

§. LVIII.

Di alcuni Trattati ipotecari. Cenni sulla letteratura ipotecaria in Italia.

Così l' Italia coll' energìa de' suoi virili ingegni si è associata al movimento della scienza che ferve in Germania ed in Francia; e cospira a migliorare questo istrumento potentissimo di civiltà. Noi non siamo molto capaci che per la strada della distruzione si possa arrivare a fabbricar *l' ottimo*; e ci contentiamo del *meglio* ottenuto per la via ordinaria di una critica moderata e rispettosa, che procede ragionando; intenta a correggere, abborre dal crear tutto. Gli espositori delle leggi esistenti, che oltre lo spianarne la intelligenza, ci presentano, direi così, in azione i vizî e le virtù di un sistema, esercitano un doppio ufficio, utile insieme alla teoria ed alla pratica; fra i quali noi contiamo i nomi assai riputati di Jacoboni (*b*), di Sabatini (*c*), di Cannetti (*d*), di Pastore (*e*), di Cèsano (*f*), di Mosca (*g*), che con mirabile perseveranza illustra pressochè tutte le parti della giurisprudenza del Regno (*h*), recando

---

(*a*) Sciascia — Cenno critico — sul progetto di riforma del Cav. Neigebaur.

(*b*) Trattato delle Ipoteche — Viterbo 1826.

(*c*) Sistema Ipotecario Toscano — Pisa 1837. 1844.

(*d*) Elucubrazioni Ipotecarie secondo il Pontificio Regolamento — Assisi 1851.

(*e*) Comm. al Cod. Civ. di Sardegna. Torino 1846.

(*f*) Del Pegno etc. Torino 1853.

(*g*) Legislazione e giurisprudenza sul sistema ipotecario delle due Sicilie.

(*h*) Procedura civile e commerciale del regno delle due Sicilie — Esposizione della legislazione e giurisprudenza su la spropriazione forzata, eziandio per causa di utilità pubblica — Dei giudizî avanti ai conciliatori e giudici di circondario — Il diritto Civile e Commerciale del Regno delle due Sicilie — Trattato sulle usure, dolo, frode, stellionato ecc. — Trattato sull' Enfiteusi — La biblioteca dell' Avvocato — Il diritto universale ecc.

Digitized by Google

al foro ed alla scienza i frutti di un perfetto giudizio e di una lunga esperienza. Di luce tutta sua propria risplende il Libro del Chiesi (*a*): luce tranquilla, schietta, uniforme, di un sapere solido, di un sentire modesto, di una candida coscienza; nelle mani abili di quest' uomo la scienza progredisce sotto la forma del commento: superiore senza confronto nelle applicazioni del diritto romano a tutti quanti gli spositori del Codice Civile, egli ha voluto accostarsi alle idee francesi; niuno dubita ch' egli avrebbe potuto condurre un' opera di disegno più vasto e nazionale, se lo avesse voluto. Il Bosellini pubblicò una magnifica introduzione ch' egli veniva preponendo a un gran lavoro ipotecario (*b*) che doveva abbracciar tutto il sistema europeo. E già nella prima distribuzione (la sola che fin qui sia uscita) ci diede un saggio ben rilevante dei forti e multiformi studî a cui aveva posto mano: ma che a lui sono famigliari e quasi domestici; a lui cultore infaticabile della scienza; ornamento dei migliori giornali giuridici ove non mancano mai le sue dotte monografie (*c*); uno di quegli uomini rari che non amano la scienza, perchè acquisti lode e faccia emergere le individualità, ma l' amano in se stessa e per se stessa, e per il bene che produce. È quella che si direbbe la *carità* della scienza. La quale per essi non è neppure il trionfo di un principio o di una idea: divisa, colla quale spesso si coprono le ambiziose pretensioni dell' ingegno e la pericolosa esclusività dei sistemi; ma è una legge dell' umanità, fondata nella eterna ragion delle cose; e formulata dal senno dei sapienti, in quanto sono benefattori dell' umanità. A questo nobile spirito noi dobbiamo saper grado dell' avere accreditato in Germania il nome italiano colla

---

(*a*) Il sistema ipotecario illustrato. Firenze 1853-1854. È un commento del Codice francese. Vol. 4.

(*b*) Legislazioni ipotecarie degli stati odierni d' Italia. Modena 1844.

(*c*) Scrive specialmente nella Temi Toscana di cui è direttore il solertissimo Avv. Giuseppe Panattoni. È molto interessante, fra gli altri, il discorso dell' Avv. Bosellini *sulle espropriazioni per utilità pubblica* distribuito in alcuni fascicoli della Temi, e del quale dovremo occuparci a suo luogo, come materia strettamente affine alla ipotecaria.

Digitized by Google

relazione degli studî giuridici che si vengono rinnovando fra noi; e di averci aperta una comunicazione con quei dotti anche perchè ci pervengano più pronte le cognizioni dei lavori gravissimi che ogni giorno vede sorgere specialmente in quei *magazzeni* o giornali scientifici, vero emporio di sapere; tentando così di superare una barriera che non dovrebbe più dividere il mondo intellettuale quando i telegrafi ed i vapori fanno del mondo commerciale una sola famiglia.

§. LIX.

Seguita il parlare degli studî italiani e di alcuni distinti lavori che tendono alla riforma del sistema ipotecario.

— Progetto del Cons. Rossini —

1. La Temi (*a*) ci annunciò la formula del programma dell'*Auditor Rossini* (*b*). Il ch. autore, a cui parve che il mondo giuridico non avesse prestato bastante attenzione al suo Progetto, ripigliando l'argomento alcuni anni appresso (*c*) modificò in alcuni tratti la formula, e la offerse nel tenore seguente « *Trovare un* » *sistema di legislative disposizioni in virtù del quale l'acquirente di* » *buona fede ed a titolo oneroso d'un immobile o d'un'ipoteca o al-* » *tro reale diritto, mediante l'uso di facili ed ovvie forme e diligenze,* » *SEMPRE ED IN TUTTI I CASI FIN DAL MOMENTO DEL-* » *L'ACQUISTO o sia immediatamente sicuro affatto d'andare immune* » *da qualunque evizione, o sia immediatamente in grado di conoscere* » *con tutta certezza quanto per esso potrà durare il pericolo di sog-* » *giacere a evizioni; e questa durata di pericolo sia in ogni caso la* » *minore possibile* (un decennio continuo tutt'al più in rarissimi » casi) *avuto riguardo al breve corso della vita umana — Lo che si*

(*a*) Fascicolo 28 Marzo 1850.

(*b*) *Memoria al Governo Granducale sulla legislazione ipotecaria Toscana* 1850. Su questa *Memoria* o *Progetto di riforma* scrisse opportune osservazioni il signor Aud. Iun. Gigli. Temi 1850. Fasc. 20.-21.

(*c*) Temi 30 Giugno 1856.

Digitized by Google

» *ottenga per altro in modo che il mezzo* (la prescrizione) *da usar-*
» *si dalla legge a far cessare quel pericolo, non renda ad altri mal*
» *sicuro il possesso in che già sia d'altrettali diritti di proprietà e d'i-*
» *poteca e simili; ed anzi si ottenga in modo, che concedendo la leg-*
» *ge — sufficiente tutela in generale a ognuno di quei diritti per quan-*
» *to tempo sia destinato di sua natura a durare; la tutela, ch' ella*
» *conceda SUPERLATIVA e PIENISSIMA alla proprietà immobiliare*
» *e ad ogni altra sorta d'impieghi di pecunia destinati a durare per-*
» *petuamente o lungamente, alletti i capitalisti a dare a tali impieghi*
» *la preferenza* ».

Egl' intende pervenire alla soluzione del suo problema mediante *la pubblicità dei dominî immobiliari, e degli oneri da cui ciascun dominio immobiliare è gravato;* e mediante *la piena pubblicità dell' azione* della prescrizione *a favore* della buona fede *dei terzi interessati.*

Il Catasto dovrebbe fungere il doppio ufficio, di far manifesti, la proprietà immobile in ogni sua frazione, i nomi dei possessori, e insieme le ipoteche ed altri oneri reali *perpetui*, e *di lunga* durata; *certa* o *incerta*. Gli oneri, la cui durata non oltrepassi il *decennio*, s' intendano di breve durata.

Ma è forse possibile una pubblicità sì completa e piena *degli oneri reali* da potersi l' uomo assicurare da ogni pericolo di *evizione?* Da questo dubbio travagliato il ch. Autore propone che *l' azione della prescrizione si renda pubblica*, quanto dire « operi col » solo lasso continuo del tempo a datare da un punto di partenza ugualmente pubblico ».

Dovendo la *pubblicità estimale* fornir base alla *ipotecaria*, è giusto che il *possesso catastale* riposi sotto la protezion della legge. Quindi si propone che il proprietario dell' immobile, *che come tale è impostato nei pubblici registri catastali, quand' anche rimanga per lunghissimo tempo spogliato illegittimamente del possesso naturale di quello, può sempre rivendicare il suo immobile contro qualunque possessore, meno il caso che si provi essersi verificato in questo o ne' suoi autori un possesso immemorabile;* all' incontro si restringe *il termine della prescrizione* in ordine al possessore *iscritto sui registri catastali* a danno di quel proprietario che *non impostò mai la proprietà immobiliare a proprio conto:* termine che non deve eccedere *gli anni*

Digitized by Google

dieci. Non poter mai soggiacere *a prescrizione gli oneri reali iscritti nei registri catastali;* ma durare finchè duri l'efficacia del titolo da cui derivano. La prescrizione però potrà cominciare a decorrere contro di essi *a datare dal giorno in cui la impostazione cessi per la voltura dell'immobile in conto altrui.*

Io tocco appena le idee principali di questo progetto di riforma, che è circondato da molte previsioni e precauzioni sottilmente ponderate e discusse in guisa da renderle conciliabili col sistema attuale delle leggi toscane (*a*). Quel codice contiene molte belle disposizioni sul regolare questa fluttuante e pericolosa materia delle prescrizioni, che forse non potrà mai bene coordinarsi colla idea della pubblicità assoluta. Il che si rende sempre più malagevole dove regna il diritto canonico.

2. L'*Avv. Giovanardi* che prima della sua disgrazia ebbe insigni onori nel foro bolognese, vide il fiero agitarsi delle quistioni ipotecarie, considerò d'appresso i travagli del sistema, ne penetrò profondamente le cause. Onde concepì in mente il disegno di una generale e radicale riforma, che poscia gli fu dato di maturare in circostanze infelici. La sua opera intitolata — *Il sistema ipotecario ridotto a principî generali e consequenziali per modo d'istituzioni elementari* — e divisa in *Cento dissertazioni*, non solo intende a proporre rimedî e mutamenti importantissimi, ma si occupa eziandio di gravi controversie forensi che l'autore padroneggia con una franchezza di modi, e con una superiorità di vedute che suppone molto ingegno, molta esperienza; e molta confidenza insieme nelle proprie forze. La *semplificazione* a cui mira, sembra potersi riassumere in queste proposizioni; *restringere al possibile la facoltà delle ipoteche legali — abolire le giudiziali — tutte le ipoteche siano speciali* — Annunciando questi recenti lavori italiani, non mi propongo di farne l'esame. Mi permetto però alcune avvertenze all'opera del ch. Avv. Giovanardi, senza offesa del suo merito reale. In faccia alla soluzione, lungamente tentata, di un gran problema,

---

(*a*) Il progetto è formulato in LIX. articoli esposti con quella precisione di linguaggio che si acquista da una gran pratica forense. *Temi Toscana* d. fasc. 30 *Giugno* 1856.

Digitized by Google

è molto più facile mostrare la impotenza del metodo adottato, che idearne un nuovo e perfetto. Noi dunque non daremo biasimo al Giovanardi se non tutte ci paiano degne d'ugual plauso le sue recriminazioni sul sistema, ed i suoi insegnamenti; bastando bene che una gran parte delle cose che dice sian vere, buone, ed utili, persuasi che il miglioramento a cui aspiriamo non possa nè debba ottenersi colle forze di un sol uomo, ma con tutte insieme congiunte quelle degli uomini che dedicano i loro pensieri e le loro parole a questo social beneficio. L'autore giustamente avvertiva che la forma del commento, prediletta dai nostri celebri vicini, ha pregiudicato alla scienza: alla quale però altri dirà non essere molto opportuna quella *delle Dissertazioni*, che permette il pervagare in molte materie, e, com'è della natura sua, non soffre quella disciplina e correzione rigorosa di metodo senza cui una dimostrazione scientifica non sembra possibile. Per cui, in mezzo ad una trattazione spesso grave ed accurata, alcuni si sentono presi ad una certa confusion di mente che, a mio avviso, impedisce di meglio rilevare i pregi di quel lavoro. E ciò nasce, come io penso, segnatamente, perchè la parte che concerne il gius costituendo, e che pare lo scopo principale del libro, è un po' troppo addossata a quella ove si discutono materie pratiche in relazione alle leggi esistenti, sicchè bene non si distinguono; e in generale da un difetto di distribuzione la cui economia, in subbietto sì complicato come il nostro, è di primaria necessità.

3. La trattazione più scientifica fin qui uscita in fatto d'Ipoteche, per quanto io conosca, è quella del Chiarabelli. Lo scopo pratico e limitato, propostosi dall'autore, d'illustrare il sistema *lombardo-veneto*, non gl'impedisce lo svolgimento dei principî regolatori della scienza. E la caratteristica indole delle dottrine germaniche che domina il sistema da lui illustrato, non esclude una certa universalità d'applicazione, almeno rispetto ad alcune idee fondamentali: pongo ad esempio la *Intavolazione*, o *descrizione catastale della proprietà immobiliare*, perfezione della Trascrizione: tradizione germanica ma che, presto o tardi, diventerà la base d'ogni sistema ipotecario. Il libro del Chiarabelli definisce in modo superiore la funzione della Ipoteca, quasi focolare intorno a cui si sollevano le più gravi quistioni economiche in questo secolo di cifre.

Digitized by Google

§. LX.

Alcune opinioni dell' autore sulla riforma ipotecaria.

1. Oggi non c' è più alcuno che dica: questo sistema deve conservarsi così come si trova, ed è un male il metterci le mani. Anche il migliore di questi ordinamenti ipotecarî (parlo degl'italiani) si presenta come una istituzione già condannata dalla opinione pubblica a subire almeno qualche raddrizzamento, e qualche tirata di muscoli, per potersi adattare all' imponente bisogno di questa età, che usando i benefici della pace, e le generose impulsioni dei Governi, procede a passi di gigante alla conquista dei beni materiali (così anche dei morali fosse vaga, e si potesse proprio dire che il mondo migliora!). In questa specie di movimento universale del mondo economico, e nel furore, si direbbe quasi, dei progressi industriali, è davvero uno spettacolo di tristezza, e una antitesi scoraggiante la servitù della terra, il cui valore è di gran lunga superato da quello delle ipoteche che vi stan sopra (*a*), lo strano impaccio delle contrattazioni, il continuo rovinare dei piccoli proprietarî legalmente spogliati dagli ansiosi creditori che perdono anch' essi i loro crediti, quasi feriti dalle proprie armi; la giacenza di tanti capitali che, o non possono o non osano azzardarsi in operazioni di commercio, e anelano alla terra, ma ne sono respinti, sgomentati dalle mille cagioni che tutti conoscono.

2. È possibile migliorare questo meccanismo in disordine, affinchè renda quella utilità di cui la sua natura è capace? Niuno ne dubita. Il premio che ci promettiamo da questa sistemazione è lo regolare sviluppo del credito fondiario, e l' applicazione di mezzi economici, atti a favorire la industria agricola, allontanare i pericoli delle forzate espropriazioni, agevolare i prestiti, spargere

---

(*a*) Pochi anni sono Chevalier osservò che il carico delle ipoteche in Francia ascendeva a undici milliardi e 233 milioni, non comprese le eventuali.

Digitized by Google

un sentimento consolante di tranquillità e di fiducia, e fare in modo che il diritto sia piuttosto una verità rispettata nei cuori, che una forza messa in azione da necessità dolorose, per quanto sia lecito alla legislazione, ajutata, ci s'intende, dalla buona volontà e dalla fede dei debitori.

3. Dirò anch'io, perchè bisogna dirla, la mia opinione.

Colla esperienza che abbiamo, il problema non sarebbe troppo difficile se si trattasse che il sistema avesse proprio a crearsi adesso, anzichè innestarlo su quello che già esiste. Oggi non ci è duro ad intendere che, in primo luogo, è necessario *un libro*, con qualunque nome voglia chiamarsi, *nel quale la proprietà immobiliare capace d'ipoteca sia descritta con chiarezza, e precisione sino alle minime sue parti, con tutte le sue modificazioni, e con tutte le sue affezioni reali.*

Per *modificazioni* intendo quei diritti di proprietà che ne rendono meno perfetto, o meno pieno, come dicono, il dominio presso il debitore. Tali sono i *livelli*, frequentissimi in alcuni paesi d'Italia; pericolo latente, veramente enorme; chè non sempre si ravvisano dai documenti di provenienza, e mai da verun pubblico registro obbligatorio. Tali sono le *servitù* rustiche o urbane. Chiamo *affezioni*, i diritti di prelazione, i patti commissorî e di ricupera, le clausule risolutive d'ogni maniera, che non feriscono la estensione della proprietà finchè rimangono nello stato di potenza, ma la rendono instabile nel debitore, e pericolosa agli acquirenti.

In ciò tutto il mondo concorda. La quistione sarà del poter mandare ad esecuzione questo gran disegno. È comune l'allegare l'esempio dei tedeschi; e mi appoggerò anch'io allo stesso fatto. Converremo per altro che in Italia i fondi sono assai più divisi, e le difficoltà si fanno maggiori nei paesi irretiti nei livelli e nelle decime: difficoltà insomma di esecuzione quant'all'impianto, difficoltà quanto alla manifestazione, e al maneggio degli uffizî. La prima però senza paragone maggiore della seconda.

Si dovrebbe, a parer mio, cominciare dall'imporre a tutti i proprietarî il deposito in disegnato ufficio dei documenti provanti la proprietà nel possessore onde fossero esaminati da commissioni di giureconsulti; e la giustificata denuncia dei diritti reali, che

Digitized by Google

non vengono sotto nome d'Ipoteche, e che non sono soggetti ad iscrizione secondo i metodi presenti. La pena dovrebb'essere la perdita del diritto.

Una prima obbiezione andrebbe ad incontrarsi rispetto ai diritti dei corpi o persone privilegiate pei quali può parere la punizione troppo severa. Io non trovo però più indulgente o più tollerante la legge ipotecaria, che non fece distinzione di persone, e tutte ugualmente condanna a subire il giogo d'inesorabili formalità. Rassodare, migliorare il sistema delle tutele, renderlo possibilmente uniforme nelle varie legislazioni italiane, farvi concorrere direttamente l'azione del Magistrato con responsabilità personali, e sorveglianza del Governo: ecco, come io penso, una guarentigia rassicurante.

3. Ma più grave è il considerare che si possono bensì denunciare quei diritti che si conoscono non quelli che non si conoscono; che imbarazzante e dannoso sarebbe il denunciare dei diritti litigiosi; e che ce ne ha degli altri che non potrebbero denunciarsi perchè si vengono formando col tempo, ma non sono ancora perfetti.

Qual occhio d'aquila potrebbe scernere d'un colpo, all'esame, che non può essere che superficiale, di alcune convenzioni, tutti i diritti che potrebbero scaturirne, in qualunque combinazione di fatti, nel tempo avvenire? Quistioni di possesso; quistioni di proprietà; fraudi latenti; usure palliate; falsità che non si ravvisano; nullità infinite, specialmente nei contratti degl'interdetti, se dipendano da cagioni estranee all'atto, che nessuna mente può immaginare e prevenire?

Le *evizioni*, possono prevedersi tutte quante, malgrado la pubblicazione di quelle cause che apparentemente potrebbe produrle?

Ci sono dei diritti in litigio; dovremo trasportare i repertorj delle cancellerie giudiziarie nei registri catastali?

La *prescrizione!* Quest'arme coperta, tanto temuta dai promotori della riforma! Si è veduto proporre come rimedio, almeno transitorio, un'abbreviazione di termine per affrettare il riposo del possessore o del creditore ipotecario (§. LIX. N. 1.); ma anche il ch. autore di quel progetto riconobbe la necessità di riformare quelle parti del Codice in cui si tratta della prescrizione,

Digitized by Google

senzachè difficilmente potrebbe introdursi sì importante novazione nel sistema ipotecario.

§. LXI.

Continuazione.

1. Nei paesi regolati dal diritto canonico, l'elemento dominatore della prescrizione non è il *tempo*, ma la *buona fede*; nè questo gran principio potrebbe cangiar natura per mettersi ai servigi della Ipoteca. Ma non sarebbe per avventura esagerato il pericolo? O la prescrizione si opera a favore del debitore ipotecario il quale, supponiamo, aveva comprato il fondo dal non vero padrone, il creditore stesso se ne vantaggia, acquistando ogni giorno maggiore sicurezza al proprio credito. È vero che quanto più il tempo si accorcia, tanto più presto egli esce d'affanno: tuttavolta non sembra questa una ragione sufficiente per alterare tutto il sistema delle prescrizioni. Lo stesso mutuante non sarebbe scevro di colpa del non aver bene osservate le ragioni della proprietà sulla quale intendeva assicurarsi: onde le occasioni di ridestare dal suo sonno la *in rem publiciana* vediamo essere rarissime. O il debitore, sul cui fondo avete ipoteca, si lasciò fuggir di mano il possesso sicchè un terzo viene lavorando in suo prò la usucapione a pregiudizio del debitor vostro, difficilmente può concepirsi come la vostra ipoteca, iscritta e regolarmente conservata, possa venir meno verso il fatto della prescrizione. Il terzo non è mai stato esonerato, in nessun punto, dal peso di una ipoteca che già colpiva il fondo quando egli cominciò a possederlo pro domino; e quando finì coll'usucapirlo, diventò nello stesso tempo proprietario e debitore in qualità di terzo possessore, del credito iscritto.

2. Del resto io stesso sono di coloro che tengono pressochè impossibile comporre un Libro *in quo totum proferatur*, in guisa che ogni sospiro, per così dire, ogni affanno della proprietà vi si trovi come dipinto in un quadro universale; un Libro in cui si possa legger tutto e da tutti. Ma qual è quella istituzione che raggiunga in pratica la sua perfezione ideale? E che per questo?

Digitized by Google

Ciò che è infinitamente migliore vorremo rigettarlo perchè non è assolutamente perfetto?

È certo d'altra parte che un gran sistema tavolare ricerca tali basi che solo può fornire la potenza di un Governo, con tutti quei mezzi ch'egli possiede, e con quella varietà di uomini capaci di cui può disporre. Contuttociò, dove sono bene e solidamente piantati i catasti censuarj per l'interesse dell'Erario, e per regola dei tributi, l'opera è già molto innanzi. Oso dire che il più è fatto. Aggiungo che questo immenso specchio della proprietà immobile, non semplicemente descritta a linee e contorni, ma messa come in rilievo con tutte le sue gradazioni, offrirà alla statistica, alla economia, alla politica, alle sapienti viste d'un Governo, utilissime norme. Quanto alla parte di materiale esecuzione, un metodo semplice; e soprattutto ufficiali laboriosi e intelligenti (*a*).

3. Al sistema ipotecario, propriamente detto, appartiene la formalità della *Trascrizione* che, adottata la intavolazione, si attaccherebbe necessariamente al catasto, e non sarebbe che l'indicazione del movimento della proprietà. È chiaro che in quest'ordine di cose non può concepirsi trascrizione *se non obbligatoria*. Un meccanismo ben inteso farebbe risultare questo stesso movimento nei registri censuarî destinati propriamente alla riscossione dei tributi. La *trascrizione* sarebbe condizione indispensabile dell'acquisto, a tutti gli effetti. Nessuna *trascrizione* intermedia potrebb'essere trascurata.

4. Il principio di giustizia e il principio politico, che chiamerò volontieri di giustizia pubblica o universale, si trovano spesso in una specie di opposizione ostile in un sistema che è il *trionfo della forma:* ma, pensandoci un poco, si vedrà non esservi inconveniente nell'anteporre il bene di tutti alla utilità dei singoli. Certamente l'interesse di qualcuno, che non corre abbastanza in questa celere rotazione, può perire, come qualche incauto o qualche disgraziato cade vittima della terribile rapidità del vapore,

---

(*a*) Intorno a questa ed altre ricerche ipotecarie scrive assai bene l'Avv. Oreste Regnoli. *Temi Toscana fasc.* 2. *Maggio* 1850.

Digitized by Google

ma non pertanto vogliamo abolire le strade ferrate. La somma dei beni: il bene generale: questo deve occuparci; nè di ogni eccezione, e di ogni vantaggio non ottenuto, e di ogni perdita sofferta, farci un ostacolo; come una burrasca, un'avarìa, o un naufragio non toglie che non si prosiegua a navigare per tutti i mari del mondo. Ma chi non sentirà in cuore l'umano desiderio che il correre dei vapori sia innocente, e il navigare senza pericolo? Prevalga dunque alla privata la giustizia pubblica, ma si eviti lo scontro; si eviti per quanto è possibile; sull'altare di una benefica istituzione non ci sono vittime da sacrificare; purtroppo il sistema ipotecario ha le sue; purtroppo interessi preziosi sono stati schiantati dalla sua ruota inesorabile; adoperiamoci che in avvenire, ciò che diciamo bene di tutti, non faccia spargere delle lagrime: in una parola, *conciliamo la giustizia generale colla particolare, la pubblica colla privata.*

5. Benedizione a quel legislatore che innalzerà questo monumento di salute! Nei rapporti del gius privato, il diritto romano gli offre i suoi tesori; la esperienza, dal canto suo, viene rabberciando le condizioni estrinseche del sistema coll'èsempio dei falli. Con questa guida proviamoci a delineare *un piccolo saggio di riforma.*

§. LXII.

Continuazione e fine.

1. Posto che il gran *Libro delle attività immobiliari* deve aprirsi di fianco a quello delle *passività* ipotecarie, si abbiano idee chiare di *codesti rapporti della Proprietà.*

Descrivere la Proprietà, vale il presentarne la storia colle sue *modificazioni:* originali, o sopravvenute (§. LX. N. 3.).

È *modificata* la Proprietà, divisa in *dominio diretto e dominio utile:* due forme di attività che devono apparire distinte.

È modificata la proprietà soggetta ad una *servitù.* Ma la *servitù,* essa medesima, è una *proprietà:* la quale giusta i nostri principî, non è suscettibile d'ipoteca; ma essendo realmente una parte sottratta od alienata, deve mostrarsi sulla stessa linea della *proprietà* catastale, in quanto ne scema la podestà e il valore.

Digitized by Google

Che diremo dell'usufrutto? Nel rispetto ipotecario ha due aspetti che non bisogna confondere. Esso nello stesso tempo è una *proprietà* ipotecabile; e, come servitù, è un *limite* al dominio altrui.

Tutte le *affezioni* o *passioni*, come io le chiamava di sopra, della proprietà, dovranno risultare nella stessa pagina delle *attività*, non in quanto siano tali, ma in quanto *circoscrivono la estensione della proprietà ipotecabile*, e ne danno la giusta misura: che è il grande scopo che ci proponiamo ad istruzione degli acquirenti.

2. Recandoci a discorrere del *lato passivo* del Libro, si affaccia l'antica querela delle *Ipoteche generali* che io di cuore vorrei abolite.

Credo possibile *specializzare* le ipoteche legali, che in quelle indefinite larghezze a cui si lasciano andare, o colpiscono troppo, o colpiscono nulla; o sono un gravame enorme pel debitore, o una illusione pel creditore.

È sotto la mia protezione la *ipoteca giudiziale*. Un creditore che possiede una sentenza di condanna, ha acquistato una posizione di diritto che non aveva innanzi, semplice possessore del chirografo. Mancata la fiducia personale, egli già stende la mano sulle realità del debitore, e sta per afferrarle. La ipoteca è una sicurezza reclamata dalla deficienza del debitore. Non pertanto è buona cosa la *ipoteca generale*. Io preferirei la *Prenotazione* al modo austriaco.

Converrebbe fondere in poche leggi veramente *chiare* quella moltitudine di *schiarimenti*, per lo più promulgati per via di circolari, e che accusano i difetti della legge fondamentale. Contro il metodo delle *rinnovazioni* decennali io mi pronunciai in una occasione solenne, redattore di un progetto di legge ipotecaria al Consiglio dei Deputati istituito da Pio IX. Io non ho mai inteso come una ipoteca, una volta iscritta, non dovesse durare finchè resta in vita il titolo che la produsse. In luogo di affaticare gli uffici nelle ricerche, io penso che si otterrebbe assai maggiore semplicità. Dopo un secolo, i decenni s'incrocieranno in tutti i sensi, e risalire di periodo in periodo, esaminando la regolarità di ogni rinnovazione, per certificare la esistenza o la situazione della iscrizione, sarà un vero affacchinare gli ufficiali e stordire gli acquirenti. L'unica obbiezione adunque che ci hanno fatto i

Digitized by Google

francesi per mantenere quel funesto trovato, cade nell'eccesso che vorrebbe evitare. Come nell'ufficio Censuario si rimonta senza molta difficoltà il fiume degli anteriori possessi, credete a me, non si spargerebbero sudori in codeste indagini d'ipoteche perpetue.

3. Io mi affrettai di protestare (Introd.) che la Riforma ipotecaria non è lo scopo del mio libro, e che di questo privilegio dello scrittore (di preparare le leggi avvenire) avrei usato con molta parsimonia. E che in una *appendice* in fine dell'opera avrei raccolto qualche documento della mia e dell'altrui esperienza; e ritoccata questa materia della riforma, tanto più che è venuta in moda. Contuttociò la natura dell'argomento mi ha domandato quelle poche considerazioni; alle quali aggiungo che una riforma qualunque del sistema non potrebbe eseguirsi senza dare ad alcune parti della legislazione generale una piega convergente al nuovo scopo. L'ordine è armonia; e cangiar tuono non è altro che dare una direzione nuova a tutte le voci dello strumento. Anche senza mettere a soqquadro le istituzioni stabilite, sarebbe in vero desiderabile (non parlando di verun codice in particolare, e lasciando andar la parola dove la chiami il bisogno) un buon regolamento sulla materia *delle evizioni*, per toglier via le quistioni che non sono ancora finite sull'applicazione di alcuni testi del diritto romano. Non pare che il règime della *comunione matrimoniale* sia molto propizio allo svolgimento della Ipoteca, poichè veggo uscirne controversie implacabili: l'istituzione dotale, cura ed amore delle leggi romane, si combina assai meglio colla ipotecaria, perchè non è forse mai che per essa si renda problematico il diritto di proprietà come nell'altro sistema. Nei paesi governati dalla legge Canonica l'acquisto per mezzo di *prescrizione* sarà sempre di più ardua sperienza: tuttavia se il legislatore frenasse in regole l'arbitrio delle opinioni dissonanti nel foro, anche alla quiete degli ipotecarî gioverebbe senza dubbio. Più robusto assetto io augurava all'ordinamento *tutorio* (§. LXI. N. 3.). Le cessioni o surroghe ipotecarie, vogliono essere ricordate ancor esse. Il sistema *livellare* converrebbe revocare alla semplicità del principio romano; disparendo, dove esistono ancora, le pazionature e tutti gli altri avanzi feudali, traforatisi nella pura

Digitized by Google

enfiteusi (che ha forse terminato il suo ciclo di utilità a cui fu rivolta dalla sapienza antica) si torrebbe un gran carico ai catasti, un gran pericolo agli acquisti. Specialmente sarebbe d'uopo insegnare una norma a quelle prestazioni che si riconoscono sotto il nome di *Decime* (non parlo delle sacramentali) e che tengono della natura del livello; i cui rapporti col principio ipotecario non furono ancora definiti. Il *Credito agrario* che si nasconde dietro la riforma, e spera di farsi vedere quando le nebbie del presente sistema saranno dissipate, vuole di più: vuole un Codice rurale, domanda che i diritti del colono, del coltivatore del proprietario siano determinati: forme brevi e sommarie, procedure economiche, e uomini competenti a sciogliere le controversie agricole (*a*). Il processo della *liberazione volontaria* può essere migliorato, semplificandolo. Ma soprattutto richiama l'attenzion vostra, o Legislatori, l'ordinamento delle spropriazioni, del concorso dei creditori e delle graduatorie: quelle formalità prolisse, e, più che prolisse, divoranti, si vede qual male fanno; a che giovino non si vede; o se giovano a qualche cosa, non sono quelle le utilità che si devono aspettare da un regolamento di giustizia (*b*). È ben vero che le questioni del concorso ingrossano da quella moltitudine incomposta di vincoli e gravami che piombano sulla proprietà, e vengono a provare la loro forza sulle ruine di un patrimonio: onde la bontà generale del sistema farà sentire la sua influenza anche in questa estrema crisi della proprietà ipotecata.

(*a*) L'Avv. Lisi di Bologna, giureconsulto di gran sapere, ha redatto un progetto di Codice agrario, in cui nulla è trascurato di quanto all'organamento di questa nuova istituzione sarebbe necessario. *Irnerio dell'anno* 1856. — Interessante Periodico che si stampa in Bologna per cura del ch. Avv. Giacinto Calgarini. Chi scrive di questa materia agraria non deve dimenticare il Saggio di un corso di Legislazione rurale del Dott. Napoleone Pini Carboncelli, uno dei membri più operosi e più utili della celebre Accademia Toscana dei Georgofili.

(*b*) Nella varietà dei sistemi giudiziari che corrono negli stati d'Italia, queste parole non devono generalizzarsi.

Digitized by Google

4. Questo rifabbricare sul vecchio ha mestieri di quell' arte che si chiama prudenza, perchè è forse il punto più scabro. Il rispetto *dei diritti quesiti* influì di maniera sulla mente del legislator francese ch' esso aperse all' immensa folla delle ipoteche generali *anteriori* la porta del nuovo sistema. E sin d' allora la corrente degli affari fu impacciata da quel rigurgito che non cessò di riboll ire al convogliarsi di acque novelle. Perciocchè i Codici italiani che, dopo la ristaurazione, sentirono la necessità di non ammettere ipoteca convenzionale che non fosse speciale, accettarono il passato come si trovava, e non provvidero che all' avvenire. Ma non provvidero come il bisogno chiedeva, poichè le ipoteche generali, legali e giudiziarie seguitarono a innondare la proprietà. La peggior peste che ci rimanga dello sregolato ipotecare del tempo antico, si è quel numero infinito d' ipoteche generali, sussidiarie delle speciali, che fanno inutile ingombro nelle carte del Conservatore, e mortificano senza conforto i patrimonî da cui sono divenute inseparabili, quando il titolo non sia estinguibile. Non ci ha forse livelli che non abbian dietro sè la coda di una ipoteca generale; livelli di tenuissimo canone che, come del picciol corpo del ragno interviene, mandano lungi le zampe, sicchè l'estremità col centro non sembrano tener proporzione (*a*). Il modo, a mio sommesso avviso, di sminuir almeno questo ammasso, sarebbe di attribuire facoltà ai debitori di domandare la riduzione delle ipoteche generali-sussidiarie, provando che i fondi speciali sono sufficienti alla garanzia del credito; e, similmente, quanto a tutte le altre, presentando fondi capaci di assicurare il creditore; essendo ben chiaro che in questo sistema non vogliamo ipoteche di somma *indeterminata*. Onde determinata dovrebb' essere la garanzia del tutore, giusta la importanza dell' amministrazione. Se non m' inganno, questo sarebbe il movimento di maggior importanza che bisognerebbe fare per transigere in certo modo col passato, e rendere meno sensibile la novità, e meno offensiva ai

(*a*) Alcuni giorni sono, mi accadde di vedere iscritta una ipoteca generale da un Comune per la garanzia di una posta da ortolano in piazza del valsente di baiocchi ottanta (cinque lire austriache).

Digitized by Google

diritti acquistati. Le altre modificazioni che veniva accennando (N. 3.) possono ricevere, a quanto parmi, un avviamento progressivo, senza pericolo di retroazione.

§. LXIII.

Credito Fondiario. Credito Agrario. Banche Ipotecarie.

1. La legge di Messidoro presentì il movimento commerciale che fra non molto avrebbe rinnovata la civiltà economica d'Europa, e tentò di spingere la *terra* nella regione animata degli affari mediante un meccanismo che fu chiamato *mobilizzazione del suolo* (§. LII. N. 3.). Una certa concorrenza di valori si staccava, per così dire dal suolo, passando *in cedole*, che vidimate dal Conservatore, entravano negli effetti di portafogli, e si volevano girabili a favore del presentatore, come una cambiale. Il progetto di riforma, dibattuto nell'assemblea di Francia, ha rimesso in onore quella idea. Ma gli economisti hanno rivolta più particolarmente la loro attenzione alle *Banche* che dicono *ipotecarie* a rialzare il *Credito fondiario* colla leva potente dell'associazione (*a*). Uno è lo scopo: mettere il proprietario in grado di convertire colla maggiore facilità e speditezza, e colla minore spesa possibile in valori metallici o in effetti di commercio una parte di quel capitale che si chiama *terra*, serbandolo tuttavia nel dominio proprio. Se non che dove il *sistema cedulare*, immaginato dagli uomini di Messidoro, era abbandonato alle forze dell'individuo, che avrebbe dovuto creare il valore che voleva circolare, e accreditarlo

---

(*a*) Coquelin — *Istoria delle Banche;* Coquet, *sulla riforma del Credito e del Commercio;* Cieszkowski — *del Credito Salmour — Ordinamento del Credito fondiario* — Wolowschi — *Organizzazione del Credito fondiario* — Longlois — *Del credito privato nella società moderna e della riforma delle leggi che devono costituirlo* — Lorean — *Sopra il Credito fondiario e sopra i mezzi di fondarlo* — Trinci — *Sulle Banche e sui metalli preziosi* — Enrico Poggi — *Del Credito Agrario e dei modi di favorirlo, specialmente in Toscana* — Leone Carpi — *Del Credito Agrario e fondiario — e delle Casse di risparmio — Lavoro e sussidi.*

Digitized by Google

coi soli suoi mezzi, le *Banche* sono invece una potenza, costituita da un aggregato di forze e di mezzi che comandano, a così dir, l'opinione; e agiscono nell'interesse collettivo di un paese, di una provincia, di uno Stato. Uno dei più distinti economisti della nazione che piange le ceneri ancor tepide di un Pellegrino Rossi (*a*), ha generosamente rivendicato a Law, deriso a suoi tempi e spregiato, quella specie di brevetto d'invenzione che gli meritò la sua Memoria diretta a quel parlamento, onde stabilire una Banca territoriale in Iscozia sul terminar del secolo XVII; e ci ha rammentati i profondi studî e il tristo destino del piemontese Maurizio Solera che visse pochi anni prima della legge del Messidoro, e forse vi diede la ispirazione. Come quest'ultimo fu un tentativo incompiuto, così le stupende vedute di quegli economisti non approdarono, mancata ad essi quella estrinseca cooperazione che a tutte le concezioni pratiche è necessaria. Ma in Germania le associazioni fondiarie erano un fatto sino dal passato secolo, e prosperavano. In Russia fu imitato l'esempio. Wolowski si levò, splendido propugnatore di questa istituzione, nell'assemblea francese. Il progetto di legge la comprese; ma fu ben lontano dall'esporla compiutamente. Solo nel 1852 (*b*) *le società di credito fondiario* vennero organizzate col diretto intervento del Governo. Fra noi vige un bellissimo istituto in Toscana, molto analogo alle banche di Slesia, Polonia ecc. (*c*) *il Monte da Paschi di Siena*, benchè la sua funzione sia ristretta al Comune, o a quei possidenti del Gran Ducato che si dicono *convenzionati*. Esso fa de'prestiti al 4 e ½ per cento. Esige una sicurezza fondiaria superiore una volta e mezza alla somma prestata. Il valore degl'immobili si desume dalla rendita imponibile risultante dal catasto, capitalizzata al 5 per 100. Il capitale può restituirsi a frazioni, sino a mezzo scudo per volta, ed in quel tempo che fa comodo al debitore. Tiene come deposito

---

(*a*) Bartolomeo Trinci. Temi anno 1851. pag. 590.

(*b*) Decreti 28 Febbraio, 28 Marzo, 18 Ottobre, e 21 Decembre.

(*c*) Ivi però è adottato l'uso delle *cedole ipotecarie*, non rimborsabili a vista, ma estraibili a sorte — Rapporto Jousseau, Monitore Universale 6 Marzo 1851. — Trinci l. d.

Digitized by Google

le somme che non oltrepassano gli ₶ 25; e per le maggiori corrisponde un interesse del 4 per 100 (*a*).

2. Ma troppi sono gli elementi di successo che in siffatte istituzioni bisogna richiedere ad una buona e savia applicazione, variabile secondo la qualità dei tempi, la condizione dei luoghi e l'indole delle popolazioni, perchè possa formarsene una teoria assoluta. Contuttociò le idee del Trinci ci sembrano di una solidità incontrastabile. Ecco il problema ch'ei si propone a risolvere — *ottenere che qualunque proprietario abbia oltre la rendita del proprio fondo la facoltà di servirsi di due terzi o tre quarti del valore del medesimo come moneta con la retribuzione di un frutto minimo* (3 per 100) *per impiegarlo in miglioramenti* — Egli vi applica due spedienti, che chiama semplicissimi I. *creando una istituzione che alla garanzia offerta dal debitore e dal fondo del debitore aggiunga solidariamente la sua; che riunisca in un sol centro ed amministrazione tutte le operazioni di questo genere; che prenda a suo carico tutte le spese, e le perdite relative alla escussione del debito.* II. *Praticando il meccanismo bancario per il quale i biglietti ipotecari siano a piacere cambiabili contr' oro o contro argento.* Non possiamo fermar la penna nell'esame di questo progetto: ma il solo annunciarlo ne persuade l'utilità. Soprattutto la facoltà di cambiare prontamente le cedole bancarie in denaro, darà a questo nuovo agente commerciale quell'impulso che manca agl'Istituti nei quali *il rimborso delle cedole cambiarie si fa per designazione a sorte*, come avvisa saviamente il dotto economista (*b*). La sua attuazione non sarà più impossibile, allorchè la proprietà rifletta chiaramente la sua imagine nel gran Libro che ne contenga la storia; e allorchè i suoi gravami siano e semplificati e meglio conosciuti (*c*).

3. Il Consigliere Enrico Poggi, giureconsulto ed economista eminente, tolse più particolarmente a definire *il Credito Agrario*

(*a*) Trinci l. d.

(*b*) Temi anno 1851. pag. 603.

(*c*) È forse questa la ragione principale per cui le banche francesi istituite da Napoleone III. non ottennero l'effetto sperato.

Digitized by Google

in queste parole — *essere la fiducia che i capitalisti hanno nella impresa agricola, mercè della quale si offrono di somministrare agli attendenti ad essa i capitali di cui abbisognano. Il credito fondiario all'incontro non aveva scopo economico determinato, perchè lo accordano i capitalisti a chiunque dà in ipoteca beni immobili di qualsivoglia natura urbani o rustici; senza curare se l'oggetto a cui debbono servire i capitali sia produttivo o dannevole, utile o inutile; se interessante le industrie cittadine o le campestri, se i traffici o i commerci.*

Tre modi d'impiego disse poter convenire al *Credito Agrario* 1.° miglioramenti grandiosi a terreni incolti o mal coltivati 2.° imprese ordinarie di coltura 3.° sussistenza di agricoltori. E quindi il credito doversi fare a coloro che eseguiscono tali intraprese. Uno dei mezzi ch'egli propone a questo scopo sarebbe di mettere a profitto le Casse di risparmio, facendo ch'esse prestassero a questi patti 1.° frutto inferiore al corrente 2.° rimborso a lungo tempo o in rate o in una volta sola a piacer del debitore 3.° garanzia di fondo libero e di valor superiore al mutuo almeno di un terzo, desumibile dalla rendita catastale 4.° rimborso in caso di vendita coatta 5.° facoltà nelle casse di trasmettere colle girate i suoi titoli (*a*).

4. Quest'operoso e benefico ingegno ebbe principalmente innanzi agli occhi lo stato di quelle lande native che fanno oltraggio al più bel paese del mondo. Io ho già premesso (N. 2.) che vi ha tanto di locale e di relativo in codeste forme economiche che la scienza non può determinarne, con astratte teorie, il successo. Un nuovo trovato, colle sue possenti applicazioni, viene ora cangiando la condizione dei terreni incolti e paludosi nella provincia in cui abito, e nelle convicine, e stenderà, non ne dubito, la sua redentrice invasione in ogni altra terra d'Italia che ne abbisogni. Le macchine idrofore domeranno quella natura che nessuna forza d'uomo avrebbe potuto vincere, e terranno luogo di molte istituzioni dirette al bene dell'agricoltura. Nè perciò crederò inutili le proposte del Consiglier Poggi. Ma io, a parlare liberamente, darei all'istituto un'azione più estesa: non limiterei

---

(*a*) Bosellini anno 1856. pag. 209. Temi Toscana.

Digitized by Google

il beneficio della sovvenzione a un oggetto determinato: vorrei aiutare in genere i negozî della Proprietà immobile; in altri termini, *il Credito fondiario*. Un proprietario può aver bisogno di denaro, meno per migliorare i suoi terreni, che per soccorrere ad altre necessità del suo patrimonio o della sua famiglia. Se la terra non si piega, strumento docile, al suo bisogno, o gli converrà rovinare in perniciose vendite, o farsi trar la pelle dagli usuraj; limitargli l'impiego del denaro che gli verrà sovvenuto è fargli perdere i vantaggi che solamente la libertà del disporne gli può procacciare. Una banca ipotecaria, o con qual altro nome voglia chiamarsi, una istituzione di credito, ben sistemata, ben diretta, saviamente applicata alla condizione di un paese, potrà produrre questo real beneficio. Non maraviglio che in Francia quella istituzione non abbia risposto alla speranza; o voglia ascriversi al garbuglio ipotecario che vi regna, o a una vivacità di abitudini commerciali, poco paziente del riposato sviluppo di un prestito ipotecario; o ad altre cagioni. Non furono più felici le Casse di risparmio; ma ne danno colpa, e forse non a torto, a quel voler metterci mano il Governo, e comprimerne l'azione. Eppure, noi ne siamo così contenti; e lodiamo il pensiero e l'opera, feconda di tanti vantaggi economici e morali. Noi italiani, non insegniamo più, impariamo (se pure è vero): ma nella nostra condizione di discepoli possiam bene approfittare degli altrui insegnamenti, e soprattutto degli altrui errori. Gli ultimi che arrivano in una carriera industriale o scientifica, hanno minori allori da cogliere, ma maggiori utilità.

Digitized by Google

Indicazione o serie cronologica delle principali disposizioni pubblicate in materia ipotecaria in Italia dal cominciare del secolo sino al giorno presente.

Regno d'Italia

Codice Civile di Napoleone attivato *il* 1 *Aprile* 1806.

Provvisoria Istituzione degli Uffici di Conservazione delle Ipoteche. *Decreto* 29 *Marzo* 1806 (*a*).

Regolamento per gli Uffici sudetti 19 *Aprile* 1806.

Sulla residenza dei circondarî giurisdizionali degli Uffici delle Ipoteche, e sulle cauzioni da prestarsi dai Conservatori. *Decreto* 16 *Ottobre* 1807.

Regolamento sui privilegi del Tesoro pubblico. *Decreto* 31 *Ottobre* 1807.

Proroga del termine delle iscrizioni e trascrizioni prescritte dal decreto 29 Ottobre 1806. *Decreto* 8 *Gennaio* 1808.

Regolamento sulle iscrizioni delle ipoteche pei titoli anteriori al sistema. *Decreto* 25 *Ottobre* 1808.

Disciplinare sugli Uffici di Conservazione. *Decreti* 16 *Decembre* 1808 *e* 17 *Maggio* 1809.

Legge sulle iscrizioni dei diritti di privilegio e ipoteca competenti al Demanio e altre amministrazioni finanziarie. *Istruzioni* 17 *Maggio* 1809.

Dispensa dall'obbligo d'iscrivere i diretti dominî, diritti feudali, e decime dello Stato. *Circolari* 13 *Giugno* 7 *Agosto e* 7 *Ottobre* 1809.

Proroga delle iscrizioni dei privilegi e ipoteche anteriori all'attivazione del Codice. *Decreto* 25 *Giugno* 1809.

Norme ai Conservatori sugli annotamenti di subingresso. *Circolare* 8 *Febbraio* 1811.

Tariffa dei diritti ipotecarj, carta bollata, e registro. *Circolare* 21 *Maggio* 1811.

Applicazione del citato Decreto 25 Ottobre 1808 al Dipartimento dell'Alto Adige e ai cantoni e comuni e aggregati alla Piave. *Decreto* 9 *Giugno* 1811.

(*a*) V. la correttissima collezione dell'Avv. Magri. È spiacevole che questo utile lavoro non sia esteso a tutte le legislazioni ipotecarie della penisola.

Digitized by Google

Sugli Uffici di Conservazione nel Dipartimento dell' Alto Adige. *Decreto* 19 *Luglio* 1811.

Provvisioni relative alla insinuazione dei privilegi e ipoteche nel Dipartimento dell' Alto Adige e aggregati al Dipartimento della Piave. *Decreti* 27 *Ottobre e* 23 *Decembre* 1811.

Sulle trascrizioni delle vendite demaniali. *Decreto* 15 *Aprile e Circolare* 13 *Giugno* 1812.

Estensione delle leggi ipotecarie dell' Impero francese al Regno d'Italia. *Decreto* 12 *Decembre* 1812.

Regolamento sulla spropriazione per titolo d' utilità pubblica. *Decreto* 11 *Luglio* 1813.

Stati Romani

Stato romano, nel tempo dell' occupazione (*a*).

Attivazione del Codice Napoleone a contare dal 1 Agosto 1809. *Decreto della Consulta straordinaria per gli Stati romani* 13 *Giugno* 1809.

Regolamento sull' organizzazione del règime ipotecario applicato *alla città libera e imperiale di Roma e agli Stati romani. Ordine* 4 *Luglio* 1809.

Pubblicazione di varie leggi francesi, con applicazione agli Stati romani, e specialmente della legge 5 Settembre 1807 relativa ai beni del Tesoro sui beni dei contabili. *Vari ordini* 4 *Luglio suddetto.*

Divisione territoriale degli Stati romani, e della città di Roma. *Ordine* 2 *Agosto* 1809.

Istruzioni risguardanti l' organizzazione del règime ipotecario. 31 *Settembre* 1809.

Pubblicazione e applicazione di varie leggi francesi sul sistema ipotecario. 29 *Gennaio* 1810.

Proroga a tutto Decembre 1810 per le iscrizioni ipotecarie per titoli anteriori all' attivazione del Codice Napoleone. *Ordine* 27 *Aprile* 1810.

Sul privilegio del Tesoro per la riscossione delle contribuzioni dirette stabilito nella legge 12 Novembre 1808. *Pubblicazione del* 2 *Giugno* 1810.

Proroga a tutto Decembre 1810 delle iscrizioni e trascrizioni. *Ordine* 28 *Luglio* 1810.

Proroga a tutto Giugno 1811 per le iscrizioni delle ipoteche anteriori all' attivazione del Codice Napoleone. *Ordine* 21 *Decembre* 1810.

(*a*) Col ristauro del Governo Pontificio quelle provincie, occupate dai francesi come addette all' Impero, furono chiamate *di prima ricupera*, essendo ivi stato abolito il Codice Napoleone (Editto 13 Maggio 1814) prima che nelle altre, cioè le tre Legazioni, Marche, Camerino, Benevento, e Ponte Corvo, dette *di seconda ricupera*, in cui il Codice Napoleone fu abolito solamente coll' editto 5 Luglio 1816. — Collezione Magri Vol. 2. N. 8.

Digitized by Google

Stato e Governo Pontificio

Regolamento d'Intavolazione. Ordinato con Motu-proprio di S. S. Papa Pio VII. 4 *Novembre* 1801.

Editto del signor Card. Giuseppe Doria Pamphili pro-camerlengo di S. Chiesa sulla esecuzione del detto regolamento 16 *Maggio* 1803 (*a*).

Organizzazione del sistema ipotecario e ricostruzione dei fedecomessi e primogeniture. Motu-proprio di Pio VII. 6 *Luglio* 1816.

Istituzione del sistema nella provincia di Ponte Corvo. Notificazione 23 *Gennaio* e 29 *Luglio* 1817 (*b*).

Rinnovazioni ipotecarie. Notificazione 10 *Agosto* 1818. *Circolari* 10 *Maggio*, 31 *Luglio* 1819 e 24 *Maggio* 1820. Notificazione 1 *Febbraio* 1821.

Sullo stesso soggetto delle rinnovazioni. Notificazioni 27 *Giugno* e 22 *Settembre* 1821. e *Circolare* 27 *Novembre detto*, 30 *Giugno* e 11 *Decembre* 1822.

Sono annullate le iscrizioni ipotecarie prese sui beni avocati dal governo italico. Notificazione 5 *Agosto* 1823.

Dei privilegî accordati al patrimonio degli studî. *Editto* 25 *Gennaio* 1828.

Motu-proprio e Regolamento ipotecario di Papa Leone XII. 30 *Gennaio* 1828 e successiva Notificazione 7 *Ottobre* 1829 spiegata poi con altra notificazione 26 *Luglio* 1831.

Motu-proprio dello stesso Sommo Pontefice a schiarimento della legge sui fedecomessi ecc., e relative disposizioni ipotecarie, già compresa nel detto Motu-proprio 30 Gennaio 1828. 10 *Gennaio* 1829.

Riforma del sistema ipotecario. Motu-proprio di Papa Gregorio XVI. 10 *Novembre* 1834.

Schiarimenti e istruzioni intorno a quel Codice 17 *Decembre* 1834 e 31 *Marzo* 1835.

Sul modo di purgare dalle ipoteche i canoni dei Luoghi Pii affrancati dagli enfiteuti. Ordine di M. Tesoriere Generale 16 *Decembre* 1836.

(*a*) La *intavolazione* consisteva nel descrivere in appositi registri i beni stabili sì rustici che urbani, soggetti a diritti reali da un decennio indietro e così quelli che sarebbero creati in seguito: da eseguirsi entro l'anno 1803 sotto pena di perdere la realità del diritto. Le ipoteche generali furono esentate dall'obbligo della intavolazione. In quell'epoca erano state staccate dallo Stato le tre Legazioni, cedute alla Francia in forza del trattato di Tolentino 19 Febbraio 1797.

(*b*) L'immissione in Salviano ch'era nelle pratiche giudiziarie dell'Italia meridionale, principalmente doveva cessare colla introduzione del sistema ipotecario. A questo riferisce la Circolare 26 Aprile 1817 di segreteria di stato. Vedremo disposizioni analoghe nelle leggi del Regno delle due Sicilie.

Digitized by Google

Sulla spropriazione coattiva dei fondi rustici e urbani a causa di utilità pubblica. Editto 23 *Decembre* 1851 (*a*).

Toscana

Nel 1808 la Toscana fu unita all'impero francese.

Il Codice Civile vi fu pubblicato nel 22 Marzo di quell'anno; dichiarato esecutorio *il* 1.° *Maggio seguente*. Decreto *Imperiale* 19 *Febbraio* 1808.

Sull'obbligo di denunciare agli ufficî di registrazione a tutto il 1 *Febbraio* 1809 tutti gli scritti privati, non certificati che da tre testimonj. *Deliberazioni della Giunta di Governo* 23 *Novembre e* 19 *Decembre* 1808.

Che tutti gli antichi privilegî ed ipoteche fossero sottoposti alla formalità della iscrizione a contare dal 1 *Maggio* 1809. Decreto dell'Amministratore Generale 14 Aprile 1808. Proroghe. *Decreti Imperiali* 5 *Agosto* 1809 *e* 6 *Maggio* 1811.

Legge sulle trascrizioni delle alienazioni avvenute per titoli particolari sotto le leggi anteriori. *Detto Decreto* 14 *Aprile* 1808. *art.* 15.

Pubblicazione del Parere del Consiglio di Stato (francese) 25 Febbraio 1808 che dichiarò applicabili al Tesoro della Corona i privilegî stanziati a favore del Tesoro pubblico nella legge 5 Settembre 1807 (*b*). *Deliberazione della Giunta Governativa* 26 *Ottobre* 1808.

Gran Ducato di Toscana. Dopo la restaurazione.

Abrogazione del sistema ipotecario nella Lunigiana. *Legge* 3 *Agosto* 1814.

È richiamato in vigore colla *Legge* 21 *Febbraio* 1821.

Abolita la esecuzione immobiliare del codice francese, e sostituito il giudizio Salviano. *Legge* 21 *Luglio* 1814.

Sulle successioni intestate. *Editto* 18 *Agosto* 1814.

È restituita l'antica legislazione nel Gran Ducato, ma è conservato il sistema ipotecario francese. *Legge* 15 *Novembre* 1814.

Del privilegio dei padroni sulla quota colonica (esteso poi da leggi più recenti anche a favore dei coloni). *Legge* 14 *Giugno* 1817.

Al ministero del Procuratore imperiale è surrogato il Cancelliere del Tribunale di eccezione per ricever copia degli atti diretti a purgare le ipoteche legali esenti da iscrizioni. *Notificazione* 24 *Luglio* 1818.

Norme pel subingresso dei creditori e terzi acquirenti che hanno sofferto evizione. *Notificazione* 27 *Luglio* 1818.

(*a*) Non intendo dare qui l'elenco di tutte le leggi sulle ipoteche, ma solo delle principali, quasi indice e segno delle più notevoli epoche della istoria ipotecaria di ciascun regno: il che sia detto anche per le seguenti.

(*b*) La qual legge non fu pubblicata in Toscana, ma inserta nel bullettino.

Digitized by Google

Sulla facoltà di costituire ipoteca con privata scrittura munita della firma di tre testimonî e ricognizione notarile. *Notificazione* 15 *Aprile* 1819.

Modificazioni radicali sul sistema ipotecario francese conservato dal *Motu-proprio* 25 *Decembre* 1819.

Declarativa della legge precedente. *Legge* 19 *Febbraio* 1820.

Proroga alle iscrizioni dei privilegî degli alienanti anteriormente al 1.° Maggio 1808. *Motu-proprio* 15 *Decembre* 1820.

Sulla capacità degli stranieri di acquistare per qualunque titolo in Toscana. *Motu-proprio* 11 *Decembre* 1835. *I. R. Consulta* 18 *Decembre detto.*

Regolamento generale sui privilegi ed Ipoteche. *Sovrano Motu-proprio* 2 *Maggio* 1836.

Schiarimenti a detta legge. *Circolare della I. R. Consulta* 12 *Decembre* 1836.

Modificazioni legislative su varie materie, fra cui quella della prescrizione. *Legge* 7 *Gennaio* 1838.

Sulla capacità delle donne in quanto all'esercizio dei loro diritti e costituzione delle obbligazioni. *Motu-proprio* 20 *Novembre* 1838. *R. Consulta* 23 *Novembre* 1838.

Della purgazione di fondi . . . . . *Circolare Ministeriale* 2 *Agosto* 1850 (*a*).

Stati Estensi

Termine assegnato a quelli che hanno iscrizioni e trascrizioni d'ipoteche sopra fondi compresi nei Comuni alla destra del Panaro aggregata allo Stato Estense (*b*) di farne denuncia all'ufficio di Conservazione in Modena. *Avviso della Reggenza* 11 *Giugno* 1814.

Proroga sino all'11 Agosto 1814. *Avviso* 12 *Luglio* 1814.

Abrogate tutte le leggi del Regno d'Italia, meno il sistema ipotecario. *Decreto Sovrano* 28 *Agosto* 1814.

Leggi di procedimento giudiziale, con relazione al sistema ipotecario. *Regolamento* 28 *Agosto* 1814. *Istruzioni* 23 *Ottobre* 1815.

Applicazione del Codice Estense e sue modificazioni ai feudi imperiali della Lunigiana, riuniti alla corona di Modena. *Decreto Sovrano* 18 *Gennaio* 1816.

Privilegi accordati a padroni e locatori. *Decreto Sovrano* 17 *Marzo* 1816.

(*a*) Nel Ducato di Luca il Codice Napoleone subì dei cangiamenti coi decreti del Senato 7 *Maggio* e 2 *Giugno* 1814. Il governo Imperiale Austriaco ordinò doversi mantenere provvisoriamente la legislazione vigente 15 *Maggio* 1815. L'editto successorio del Codice Napoleone venne poi in gran parte abrogato colla legge di Maria Luigia 22 *Novembre* 1818. Altra riforma sostenne in seguito l'editto dal Duca Carlo Lodovico 17 *Settembre* 1824. Il sistema ipotecario venne conservato.

(*b*) Col proclama della Reggenza provvisoria 20 *Maggio* 1814.

Digitized by Google

Sospensione dell' obbligo della decennale rinnovazione delle iscrizioni. *Notificazione del Supremo Consiglio* 23 *Marzo* 1816. Fu poi ordinata la rinnovazione con decreto e regolamento 3 *Giugno* 1823.

Abolizione dei diritti d' albinaggio. Trattato fra la Sardegna e Modena. 18 *Gennaio* 1817.

E collo Stato di Parma 20 *Maggio* 1817.

Sulla seconda rinnovazione delle iscrizioni ipotecarie. *Notificazione del ministero delle finanze* 19 *Luglio* 1833.

Norme e discipline relative ordinate nella *Notificazione dell' Intendente generale Camerale* 22 *Agosto* 1833.

Ai Ducati di Massa e Carrara sono estesi i regolamenti ipotecarî vigenti nello Stato. *Notificazione* 19 *Decembre* 1836.

Regole per la terza rinnovazione ipotecaria. *Notificazione* 10 *Aprile* 1846.

Discipline sulla formalità della trascrizione. *Editto* 26 *Aprile* 1844.

Attivazione del sistema Ipotecario in Fivizzano nuovamente aggregato agli Stati Estensi. *Avviso dell' Intendenza* 29 *Ottobre* 1847.

Attivazione del sistema nel distretto di Montignoso, Gallicano, e Minucciano. *Avviso* 30 *Novembre* 1847.

Della spropriazione forzata per causa d' utilità pubblica. *Editto Sovrano* 10 *Gennaio* 1848.

Gli Uffici Ipotecarî vengono posti sotto la dipendenza del ministero di Grazia e Giustizia. *Editto Sovrano* 7 *Settembre* 1848.

Nuovo Codice Civile Estense 25 *Ottobre* 1851 *attivato il* 1.° *Febbraio* 1852.

Codice di procedura civile *dato il* 14 *Giugno* 1852 *attuato il* 1.° *Novembre*.

Ducati di Parma Piacenza e Guastalla

Rescritto *Sovrano* 4 *Gennaio* 1820 che approvò il progetto del nuovo Codice colle mutazioni e aggiunte proposte dalla Commissione Legislativa.

Promulgazione del Codice il 10 *Aprile* 1820 la cui esecuzione fu riportata al 1.° *Luglio detto anno*.

Abrogazione di ogni disposizione legislativa precedente intorno alla processura civile che comprendeva i rapporti dell' ordinatoria giudiziaria col sistema ipotecario. *Decreto* 6 *Giugno* 1820 modificato quanto alle amministrazioni pubbliche dalla *Risoluzione Sovrana* 19 *Agosto* 1820.

Codice di processura civile posto in esecuzione il 1.° *Luglio* 1820.

Regolamento degli ufficî ipotecarî 19 *Luglio* 1821.

Regno delle Due Sicilie

Riordinamento degli Archivî (a). RR. Rescritti 3 *Maggio* 1798 *e* 30 *Agosto* 1802.

(a) Istituiti nel 1477 da Ferdinando d' Aragona.

Digitized by Google

Che le ipoteche non avessero vigore se non dal giorno della registrazione dell'atto, o da quello della stipulazione se nel termine di due mesi si fosse praticata la formalità del registro, giusta la legge del 1786. *Prammatica* 15 *Giugno* 1805.

Attivazione del Codice Civile (Napoleone) di qua del Faro, *nel* 1.° *Novembre* 1808. *Decreto* 21 *Maggio* 1808.

Che nel termine di quattro mesi dall'organizzazione degli uffici delle Ipoteche erano ricevibili le iscrizioni dei privilegi e delle ipoteche anteriori, e le trascrizioni dei passaggi. *Legge transitoria* 3 *Gennaio* 1809. Prorogato il termine, durò sino al 31 *Agosto* 1810.

Sulla indennità dei Conservatori. *Legge* 1.° *Gennaio* 1809. *per Napoli*, *e* 1 *Settembre* 1819 *per la Sicilia*.

Sulle cauzioni fidejussorie da darsi dai ricevitori del registro e bollo. *Decreto* 19 *Decembre* 1811.

Intorno al modo di tali cauzioni disposero in seguito i *Decreti* 28 *Maggio* 1816 *e* 26 *Agosto* 1830.

Viene applicata al Regno di Napoli la legge francese 5 Settembre 1807 sui privilegi del Tesoro, *con Decreto* 16 *Decembre* 1813.

Della purgazione delle Ipoteche legali del Tesoro sugl'immobili dei Contabili, e procedimenti relativi. *Decreto* 16 *Decembre* 1813. *Legge* 9 *Decembre* 1828. *Decreto* 22 *Maggio* 1832.

Disposizioni sul registro e ordine di forzata trascrizione degl'immobili in termini di rigore. *Leggi* 25 *Decembre* 1816 *e* 2 *Marzo* 1818. Abolite coll'altra *legge* 21 *Giugno* 1819.

Stanno in relazione:

il Decreto 10 *Giugno* 1817 regolatore dei modi di percezione della contribuzione fondiaria e diretta;

il Decreto 13 *Gennaio* 1817 sul ricupero delle spese di giustizia fatte dalle amministrazioni fiscali;

il Decreto 21 *Settembre* 1818 sul pagamento delle spese criminali;

la Legge 2 *Gennaio* 1820 sulla ammenda per le contravvenzioni al bollo incorse dai negozianti in quanto abbiano un privilegio nel concorso;

il Decreto 20 *Giugno* 1826 sui privilegi dell'amministrazione generale per diritti di confisca in materia di contrabbandi;

il Decreto 17 *Maggio* 1830.

Legge sul contenzioso Amministrativo 21 *Marzo* 1817. All'art. 11. si promise una legge intorno *all'espropriazione per causa d'utilità pubblica*. La promessa fu attenuta colla Legge 29 *Decembre* 1828.

Sono prescritti ai Conservatori dei registri per le trascrizioni dei pignoramenti e denuncie. Decreto 7 Luglio 1829. I procuratori del Re sono tenuti a vegliarli. *Ministeriale* 18 *Luglio detto*.

Digitized by Google

Metodi di valutazione fondiaria istituiti colla *legge* 10 *Giugno* 1817 per il Regno di qua del Faro, per la Sicilia col *Decreto* 14 *Decembre* 1819. *Istruzioni* per la rettifica dei ruoli generali 25 *Gennaio* 1823.

Formalità delle iscrizioni. *Circolari* 17 *Giugno* 1819; 5 *Agosto* 1829; 8 *Luglio* 1830; 21 *Gennaio* 1831.

Sul diritto di priorità delle ipoteche legali esistenti senza bisogno d'iscrizione, e altre materie d'interesse pubblico. *Legge* 21 *Giugno* 1819.

Delle rinnovazioni ipotecarie. Detta legge 21 *Giugno* 1819; *i RR. Decreti* 5 *Marzo e* 22 *Maggio* 1829; il Decreto 24 *Gennaio* 1830 per la Sicilia; le *Istruzioni* 30 *Giugno* 1830 e la ministeriale 27 *Agosto* 1840.

Dell' obbligo che hanno i notaj d'iscrivere le ipoteche legali sotto pena di destituzione. R. Rescritto 26 *Febbraio* 1820.

Aggiungi *il Decreto* 7 *Aprile* 1828; le Circolari 14 *Febbraio e* 23 *Novembre* 1829; 7 *Aprile e* 22 *Settembre* 1830; 27 *Maggio* 1840, *e* 24 *Novembre* 1841.

Abolizione dell' utile interdetto Salviano, e delle così dette liberanze provvisionali. *R. Rescritto* 9 *Gennaio* 1839.

Obblighi dei Conservatori, modalità loro imposte quanto al rilascio dei Certificati, ed altre prescrizioni, per Napoli, *R. Decreto* 22 *Gennaio* 1834; pei dominî oltre il Faro, *R. Decreto* 6 *Giugno* 1834. Agg. i *Decreti* 2 *Maggio e* 10 *Giugno* 1830; 22 *Gennaio e* 6 *Giugno* 1834.

Obbligo dei Conservatori di dichiarare nei Certificati il numero degli estratti che vi sono compresi. *Decreto* 8 *Agosto* 1836.

Legge per regolare la formalità delle trascrizioni 3 *Novembre* 1829.

Il Codice per lo Regno delle Due Sicilie pubblicato col Sovrano Rescritto 21 *Maggio* 1819 venne attivato *il* 1 *Settembre*. Le sue leggi ipotecarie, ordinate nel Tit. XVIII. subirono le modificazioni od ebbero gli schiarimenti esposti nelle disposizioni successive.

Alcuni articoli del codice, in materia ipotecaria, vennero illustrati dalla *Legge* 31 *Gennaio* 1843.

Indi a tutela delle ipoteche del minorenne si ebbe la Ministeriale 30 *Decembre* 1843, diretta ai Conservatori.

Regno Sardo

Decreto 2 *Luglio* 1801 (13 messifero anno IX.) dei Consoli della repubblica francese che considerando l'occupato Piemonte come la 27.ma sua divisione militare, fra le altre leggi ordinava la pubblicazione della legge 11 brumajo anno VII.

Decreto 24 *Luglio* suddetto (5 Termifero) dell' Amministrazione Generale del Piemonte che ne ingiungeva la esecuzione a cominciare dal 23 *Settembre* 1801 (1 Vendemm. anno X.) e durò sino alla

Digitized by Google

Legge 19 *Marzo* 1804 (Codice Napoleone) che si ritenne esecutoria in Piemonte *ai* 9 *di Aprile.*

Codice di procedura francese posto in attività tanto nella 27.ma divisione militare (Piemonte) che in Liguria (Genovesato, già unito all'Impero) il 1 *Gennaio* 1807.

R.º Editto di Re Vittorio Emanuele I. 21 *Maggio* 1814 che richiamò in vigore le leggi antiche dello Stato e le romane; abrogando le disposizioni ipotecarie del sistema francese.

Nel Genovesato rimasero in vigore le leggi francesi nelle parti non innovate del regolamento emanato per quella provincia.

R.º Editto 12 *Luglio* 1814 sull' obbligo d' *insinuare* formalmente le private scritture *entro tre mesi* dalla loro data, senzachè non avrebbero ottenuto effetto ipotecario.

Manifesto Senatorio 21 *Novembre* 1814 del procedimento giudiziario.

RR. Patenti 23 *Novembre* 1818 che imponevano ai Conservatori l' obbligo della cauzione pubblicate per il Ducato di Genova.

R.º Editto 14 *Decembre* 1818 relativo ai privilegi fiscali.

R.º Editto 19 *Ottobre* 1819 sul mantenere gli affitti fatti per via di pubblico incanto, osservate le forme delle Regie Costituzioni.

R.º Editto 16 *Luglio* 1822 di Re Carlo Felice che stabiliva il sistema della *pubblicità e specialità delle Ipoteche* in tutti gli stati di Terra-ferma a datare dal 1 *Gennaio* 1823 (*a*).

R.º Editto 27 *Settembre* 1822. Procedimento giudiziario.

R.º Biglietto 1 *Decembre* 1823 pubblicato dalla Camera dei Conti il 5 detto mese che, richiamando la disposizione 12 Luglio 1814, ordinò che le ipoteche giudiziali, permesse dall' art. 31 del R. Editto 16 Luglio 1822, non si potessero ricevere dai Conservatori, se le scritture private non fossero state *insinuate* insieme all' atto di *verificazione.*

Leggi Civili del Regno di Sardegna promulgate da Re Carlo Felice il 16 *Gennaio* 1827.

Codice Civile per gli Stati di S. M. Re di Sardegna 20 *Giugno* 1837 di Re Carlo Alberto, attivato il 1 Gennaio 1838.

RR. Patenti 6 *Decembre* 1837 : legge transitoria che assoggetta alla iscrizione e rinnovazione tutte le ipoteche anteriori siano per rendite esigibili, o per ragioni eventuali ecc.

Circolare dell' Azienda Generale di Finanza 20 *Marzo* 1838 declaratoria della citata legge 1 Decembre 1823.

(*a*) Poichè nel Ducato di Genova, riunito alla Corona di Savoja, era sempre stato in vigore il sistema ipotecario francese, come si è notato.

Digitized by Google

Circolare dell' Azienda Generale di Finanza 15 *Maggio* 1838 che dichiara non necessaria alle rinnovazioni la presentazione del titolo, e risolve altri dubbî.

Manifesto Camerale 2 *Giugno* 1838 che fa legge ai Conservatori di comprendere nelle spedizioni degli stati ipotecarî tutte le iscrizioni, non cancellate, primitive o rinnovative, comprese quelle che nel periodo dei quindici anni non vennero rinnovate.

RR. Patenti 30 *Luglio* 1840 sulla iscrizione delle Ipoteche costituite in Esteri Stati.

Decisione della R. Camera dei Conti 21 *Novembre* 1840: doversi rivolgere a quel magistrato e non ai tribunali coloro che si gravano di rifiuto del Conservatore a ridurre o cancellare le ipoteche; oltre diverse altre dichiarazioni di tema ipotecario.

R.° Editto 13 *Aprile* 1841 procedimento giudiziario.

RR. Patenti 16 *Aprile* 1842 pubblicate il 26 Maggio detto, sulle forme da osservarsi nelle alienazioni forzose dei beni dei minori.

R.° Biglietto 1 *Ottobre* 1842 sui contratti che intervengono fra conjugi, interessanti anche l'ordinamento ipotecario.

R.° Biglietto 11 *Agosto* 1843 pubblicato dalla R. Camera dei Conti con Manifesto 17 Novembre, essere i notaj soggetti alle malleverie prescritte dagli articoli 2200. 2201. 2219 del Codice Civile.

Codice di Procedura Civile per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna 16 *Luglio* 1854 posto in attività il 1.° *Aprile* 1855.

Regno Lombardo-Veneto

Creazione del Regno Lombardo-Veneto. *Patente Sovrana* 7 *Aprile* 1815.

Attuazione del Regolamento giudiziario civile nelle provincie soggette al Governo di Venezia 1 *Luglio* 1815. *Patente* 24 *Aprile* 1815.

Estesa alla Lombardia al 1.° Settembre 1815. *Avviso* 29 *Luglio* 1815 (*a*).

Attuazione del Codice Universale Austriaco pel 1.° Gennaio 1816. *Patente* 16 *Ottobre* 1815.

Attuazione del Regolamento giudiziario e del codice penale nelle provincie lombarde al 1.° Gennaio 1816. *Avviso della Reggenza* 30 *Ottobre* 1815.

In aspettazione dei registri d'Intavolazione, sono conservati gli attuali uffici delle ipoteche, e le forme d'iscrizione e trascrizione giusta la legislazione cessata. *Notificazione del Governo di Milano* 16 *Marzo* 1816.

(*a*) In effetto non fu attivato generalmente che nel 1 Gennaio 1816 mediante proroghe successive.

Digitized by Google

Anche le rinnovazioni dovranno praticarsi coi metodi precedenti. *Circolare della Direzione del Demanio di Venezia* 20 *Agosto* 1816.

Sospensione della decorrenza del termine del decennio per le rinnovazioni. *Notificazione del Governo di Milano* 14 *Novembre* 1816. E del Governo Veneto 25 *Giugno* 1818 relativamente alle iscrizioni anteriori all' attuazione del Codice Generale Austriaco.

È imposto, per via di dichiarazione, al Conservatore dell' ufficio delle ipoteche, di trascrivere non solo il decreto d' esecuzione, ma anche l' atto di pignoramento. *Circolare del Tribunale d' Appello di Milano* 21 *Gennaio* 1817.

Non potersi cancellare o ridurre iscrizioni di pubbliche amministrazioni senza il placito del Governo generale. *Circolare del Governo di Venezia* 8 *Settembre* 1817.

Dichiarati ammissibili gli atti privati per tutti gli effetti ipotecarj, quando le firme siano riconosciute da notajo. *Circolare della Direzione del Demanio del Governo di Venezia* 30 *Gennaio* 1818.

Del privilegio d' ipoteca legale a favore del Tesoro e a carico dei contabili ecc. dichiarato in vigore in conformità dei decreti 19 Aprile 1806 e 31 Ottobre 1807 (*a*). *Circolare del Demanio generale* 22 *Febbraio* 1818.

Obbligo ai Conservatori d' iscrivere le ipoteche legali in caso di traslato sui beni dei contabili. *Circolare della Direzione del Demanio di Venezia* 14 *Settembre* 1820.

Regolamento sul metodo di purgare i fondi dalle ipoteche in caso di vendite e giudiziali e volontarie. *Governo Gen.* 31 *Luglio* 1820. *Notificazione del Governo di Milano* 27 *Ottobre* 1820 (*b*).

Sulle iscrizioni cauzionali a favore delle regie amministrazioni. *Notificazione del Governo di Venezia* 27 *Decembre* 1820.

Regole sugli estratti che si richiedono agli uffici dalle autorità giudiziarie nei casi di concorso. *Circolare della Direzione del Demanio di Milano* 29 *Gennaio* 1822.

È imposta la trascrizione dei fedecomessi austriaci colla tassa dell' 1 per 100. *Ordine del Governo Veneto* 5 *Novembre* 1822.

Intorno al sistema delle Prenotazioni. Schiarimenti inserti nell' Ordinanza del Tribunale d' Appello (*c*). 2 *Aprile* 1823.

(*a*) §. LIII. in princ.

(*b*) A Venezia fu pubblicato il 15 Novembre. Usandosi in questi regni uniti pubblicazioni distinte, che variano il tempo dell' applicazione, bisogna por mente di non confondere la data della pubblicazione con quella della legge.

(*c*) Agli articoli 51. 52. 56. 88. 89. 90. 91. 92. 170. 172. Collezione Magri.

Digitized by Google

Regolamento delle Prenotazioni, in pendenza della sistemazione dei registri della proprietà fondiaria. *Notificazione del Governo di Milano* 28 *Aprile* 1824 (*a*).

Ordinamento a regolare le iscrizioni delle ipoteche legali sui beni degli esattori e amministratori dei crediti dello Stato ecc. *Circolare del Governo di Milano* 12 *Gennaio* 1825.

Regolamento ipotecario portato dalla *Sovrana Patente* 19 *Giugno* 1826. Pubblicazione del Governo Lombardo il 25 *Novembre*.

Istruzioni agli uffici per l'esatta esecuzione della Patente Sovrana 19 Giugno 1826. *Circolare del Governo Veneto* 9 *Maggio* 1827. E del Tribunale d'appello Generale di Venezia 11 *Settembre* 1827.

Proroga del termine delle iscrizioni e rinnovazioni stanziata dalla Sovrana Patente. *Notificazioni del Governo di Milano* 20 *e* 25 *Decembre* 1827. V. anche *la Circolare del Tribunale d' appello di Venezia* 20 *Maggio* 1828.

Dichiarata non necessaria l'iscrizione ipotecaria per le tasse ereditarie di registro, e per quelle dette di quintello o massetteria. *Circolare della Direzione del Demanio di Venezia* 9 *Maggio* 1828.

Schiarimenti agli articoli 7. 17. 21. della Sovrana Patente sulle rinnovazioni delle ipoteche. *Notificazione del Governo di Milano* 25 *Maggio* 1828. *e Circolare del Governo Veneto* 9 *Giugno* 1828.

Divisione dei registri e indice a triplice lettera prescritti ai Conservatori. *Circolare del Tribunale d' appello di Venezia* 17 *Giugno* 1828.

Riforma del procedimento di purgazione dacchè dopo il 1 Luglio 1828 non ebbero efficacia che le ipoteche iscritte. *Notificazione del Governo di Milano* 10 *Agosto* 1828.

Norme per agevolare la trasformazione dell' ipoteca legale dei contabili in forma speciale. *Circolare della Dogana di Venezia* 29 *Novembre* 1828. V. anche la *Notificazione del Governo di Venezia* 30 *Maggio* 1829.

Sono capaci di trascrizione gli atti privati, regolarizzati secondo il Codice, quanto i pubblici. *Notificazione del Governo di Milano* 30 *Maggio* 1829.

Abolita la pratica d'iscrivere i pignoramenti degli esattori fiscali. *Circolare del Tribunale d' appello generale di Venezia* 17 *Agosto* 1830.

(*a*) Ho tenute le date della collezione del Magri T. 1. pag. 252. Egli si riferisce alla Racc. lomb. Part. 1. N. 18. N. 49. Racc. Ven. Vol. 18. N. 12. anni 1824 e 1826. Ma il Verda ci dà la stessa notificazione colla data 27 *Aprile*. La discordanza facilmente si concilia osservando che quest' ultima data ricorda la pubblicazione di quella legge fatta nel Regno della Venezia, e l'altra nel Lombardo. È un piccol neo della d' altra parte utilissima compilazione del Magri, che io segno in questa rivista austriaca; in cui avrebbero dovuto costantemente avvertirsi questi diversi tempi della pubblicazione nei due Regni.

Digitized by Google

Istruzioni sul ridurre e cancellare le iscrizioni date a cauzione notarile. *Circolare del suddetto Tribunale* 1 *Ottobre* 1833.

Sulla forma delle tabelle statistiche annuali degl' impiegati ipotecarî, anche in relazione all' Aulico Decreto 2 Luglio 1841. *Circolare del Tribunale d' appello di Venezia* 14 *Giugno* 1842.

Metodo sullo svincolo delle cauzioni ipotecarie prestate dagl' ingegneri e architetti. *Circolare del Governo di Venezia* 4 *Maggio* 1843.

Dilucidazioni sulla durata del privilegio fiscale dei ricevitori comunali e provinciali (*a*). *Circolare* 2 *Gennaio* 1846.

Sospensione delle rinnovazioni ipotecarie scadenti ordinata dai governi provvisorî di Milano e Venezia, convalidata dall' *Ordine del Tenente Maresciallo Welden* 19 *Luglio* 1848.

Col 31 Marzo 1849 cessava la sospensione. *Circolare del Tribunale d' appello di Milano* 28 *Decembre* 1849. *Notificazione del Governo generale di Milano* 10 *Gennaio* 1850.

Proroga della sospensione al 31 Maggio 1850. *Notificazione* 9 *Marzo del Governo di Milano; e* 13 *detto di quello di Venezia.*

(*a*) V. §. 80 della S. Patente 18 Aprile 1816.

Digitized by Google

PARTE GENERALE

Digitized by Google

La divisione della trattazione in *Parte Generale* e in *Parte Speciale* è indicata dallo stesso soggetto. — Cosa è l'Ipoteca? Ecco la parte generale. Come opera? È l'altra parte che si distende in particolarità infinite, e non ha misura di proporzione colla prima. *Gli elementi costitutivi* della Ipoteca; e *l'attività della sua vita pratica.* Ma dove finisca la parte speculativa, e cominci quella dell'azione, non può a rigore determinarsi. Io tengo a questo metodo, di esaminare nella Parte prima tutto ciò che vi ha d'*intrinseco* nel concetto *Ipoteca;* recando al lavoro analitico della seconda quell'*estrinseco* apparato che oggidì feconda un diritto altrimenti inerte e lo fa vivere nel commercio degli uomini, sicchè lo spirito della Ipoteca per quel meccanismo si muove e funziona in questo secolo delle macchine. I *privilegî* debbono anch'essi star contenti alla seconda parte, poichè malgrado la loro superiorità prelativa, non sono che modificazioni della Ipoteca, e quindi non possono aver sede nelle generalità.

Digitized by Google

TITOLO I.

INDOLE E NATURA DELLA IPOTECA

DIRITTO ROMANO

DIG. L. 8. §. 2. *L.* 11. §. 4. *L.* 18. *de pign. act. L.* 15. *L.* 29. *de pign. et hyp. L.* 8. *quibus mod. pign. vel hyp. solv. COD. L.* 2. *si unus ex plur. haered. L.* 14. *L.* 15. *de pign. et hyp. L.* 3. *L.* 10. *de remiss. pign. L.* 12. *L.* 15. *L.* 17. *de distract. pign. L.* 13. *ut in poss. legat. INST. de action.* §. 7.

Codice Francese — *art.°* 2114.
Codice Sardo — *art.°* 2163.
Codice Parmense — *art.°* 2165.

L' Ipoteca è un diritto reale costituito sopra beni immobili vincolati per la soddisfazione di una obbligazione.

È di sua natura indivisibile, e sussiste per intero sopra tutti gl' immobili che si sono obbligati (a), *sopra ciascuno di tali immobili e sopra ogni parte di essi.*

Essa resta inerente ai beni presso chiunque passino.

(a) Quando la redazione è identica, non la ripeto, ma semplicemente indico i Codici che l' hanno adottata. Quando la redazione non è identica, ma in piccola parte diversifica, ho cura di avvertire nel testo o testi successivi con altro carattere quelle minime differenze che facilmente sfuggono all' occhio. Non occorrono tali rimarchi quando la disposizione o la forma è visibilmente diversa.

Digitized by Google

Codice Pontificio — *art.°* 103.

La Ipoteca è un diritto reale costituito sopra beni immobili.

Questo diritto è individuo di sua natura: *sussiste per intiero sopra tutti gl'immobili* che vi sono sottoposti, *sopra ciascuno e sopra una parte di essi;* rimane *inerente* ai medesimi nonostante il loro passaggio nei terzi possessori.

Codice delle Due Sicilie — *art.°* 2000.

L'Ipoteca è un diritto reale costituito sopra gl'immobili ad effetto di soddisfare *una obbligazione.*

È di sua natura indivisibile; e sussiste per intiero sopra tutti gl'immobili che si sono obbligati; sopra ciascuno di tali immobili, e sopra ogni parte di essi.

È inerente ai beni, ancorchè *passino* in altre mani.

Codice Toscano — *art.°* 56.

L'Ipoteca è un diritto reale costituito sull'immobile o sugl'immobili del debitore, che assicura la preferenza del credito cui è aggiunta, agli altri crediti che ne mancano, o che l'hanno posteriore di tempo.

Codice Estense — *art.°* 2156.

L'Ipoteca è un diritto reale costituito sopra beni stabili *pel* soddisfacimento *di una obbligazione.*

È di sua natura indivisibile, e sussiste per intero sopra tutti gl'immobili che sono obbligati; sopra ciascuno, e sopra ogni parte di essi.

Essa resta inerente ai medesimi *presso chiunque* trapassino.

Codice Austriaco — *art.°* 447.

Il diritto di pegno è quel diritto reale che si dà al creditore di farsi pagare sulla cosa se nel termine stabilito non siasi adempiuto alla obbligazione. La cosa sulla quale compete al creditore questo diritto, in generale dicesi Pegno.

Art.° 448.

Si può dare in pegno qualunque cosa che sia in commercio. Se questa cosa è mobile chiamasi in senso stretto, pegno; se è immobile dicesi Ipoteca.

Art.° 457.

Il diritto di Pegno si estende a tutte le parti del pegno soggetto alla libera proprietà di chi lo ha costituito, alle accessioni e pertinenze di esso, e per conseguenza anche ai frutti finchè non siano stati percetti.

Digitized by Google

CAPO I.

NOZIONI PRIMITIVE

§. LXIV. — *Che generalmente non si deve cercare nelle leggi la definizione rigorosa della Ipoteca.*
§. LXV. — *Elementi per costruire una definizione della Ipoteca.*
§. LXVI. — *Perchè nell' ordine scientifico la Ipoteca occupi un luogo superiore a quello del Privilegio.*
§. LXVII. — *Il luogo primario che logicamente, negli Istituti moderni, appartiene alla Ipoteca sul Privilegio, le appartiene come tale, e non come Pegno.*
E come oggidì la Ipoteca differisca dal Pegno.
§. LXVIII. — *Perciò si sono posti certi limiti più decisi fra le funzioni del Pegno e della Ipoteca.*
E quali siano questi limiti negl' Istituti moderni.
§. LXIX. — *Della Ipoteca considerata come diritto reale.*
§. LXX. — *Il diritto reale ipotecario, comunque accessorio di un' obbligazione, ha una esistenza giuridica sua propria.*
§. LXXI. — *Di alcune differenze fra questa e le altre specie di Diritti reali.*

§. LXIV.

Che generalmente non si deve cercare nelle leggi la definizione rigorosa della Ipoteca.

1. Si crede dalla comune degli scrittori che i nostri codici moderni abbiano tolto a definire con rigore scientifico la Ipoteca; onde sorgono da ogni parte i censori a contrastare a quel pronunciato il merito della esattezza (*a*). Io tengo quei testi, che a

(*a*) Troplong Priv. ed Ipot. N. 386. Chiesi Sist. Ip. Tom. III. N. 535. Giovanardi Sist. Ip. Diss. III. §. 30 e segg.

Digitized by Google

dir vero si ricopiano, abbiano voluto dare della Ipoteca una nozione sufficiente, specialmente a distinguerla dal Pegno, ma non abbiano avuto la pretensione, che loro si è attribuita, di una definizione rigorosamente scientifica. Rende ancor suono quella sentenza di Papiniano, — che *in jure omnis definitio periculosa est* — nè mai il vezzo di definire piacque a quei supremi fabbricatori di leggi che furono i romani, e che pur tanto aveano in capo di filosofici accorgimenti. Per cui veggiamo, è vero, qua e là correnti luminose spandersi su questo o quel concetto che si presentava come il nucleo di una istituzione che poi si veniva circondando di formule esplicative e di precetti: dichiaravano, ma dal definire gelosamente si guardavano. Noi non crediamo che Servio definisse la Tutela con quelle parole che indicavano il lato politico della sua esistenza (*a*); nè che la *diminuzione di capo* fosse mostrata in tutti i suoi rapporti morali e politici, chiamandosi semplicemente *prioris status mutatio* (*b*); nè che Paolo ci volesse definire il mandato, col significare il genere della obbligazione a cui appartiene, e i modi con cui si contrae (*c*); nè che del legato fosse detta ogni cosa quando fu descritto — *una certa donazione lasciata dal defunto da prestarsi dall' erede* (*d*), — e più ricisamente ancora da Modestino — *legatum est donatio testamento relicta* (*e*). — Tanto quei gran savi del fatto pratico temevano di esporre un pronunciato severamente filosofico al fiero giuoco forense, e ai dardi di una dialettica interessata come quella dei litiganti. Si troveranno nondimeno alcune nozioni che hanno tutto il rigore di una definizione come scrivendo della compensazione, disse il giureconsulto — *compensatio est debiti et crediti inter se contributio* (*f*): nè si può dire di più; e come cadde mirabile dalla penna di Ulpiano la definizione del *pactio* (*g*) e della

---

(*a*) Instit. de Tutel. §. I. *Vis et potestas etc.*
(*b*) De capitis diminut. Instit. Tit. XVI. in princ.
(*c*) Dig. Mand. L. 1.
(*d*) Instit. de Legat. 1.
(*e*) L. 36. D. de legat. 2.
(*f*) L. 1. D. de compens.
(*g*) L. 1. D. de pactis §. 2.

Digitized by Google

conventio (*a*) (quando la nozione del *pactum*, che vi sta a costa (*b*) è molto più vaga, non rappresentando il rapporto differenziale che correva fra *patto e contratto;* senzachè la definizione del *pactum* dovrebbe imperfettissima riputarsi). Nella ricchissima collezione di forme dimostrative che abbiamo nel Titolo *de verbor. signif.* noi incontriamo quasi sempre lucide dichiarazioni, e qualche volta delle vere definizioni: ma nate, diremo così, dal soggetto; non istudiate o ricercate con intendimento scientifico. Onde chi volesse pigliarsi la briga di venire cribrando al vaglio della scienza tutte quelle che nelle leggi romane pajono definizioni e non sono, avrebbe troppo a dire, e troppo inutilmente. Nelle tante discussioni, preliminari al Codice, si manifesta lo studio di farsi capir bene: mai di profilare le espressioni coll'arte del filosofo. Con questo scandaglio alla mano si troverebbe imperfetto non solamente quello della Ipoteca, ma altresì molti altri postulati, e nel francese e in tutti gli altri Codici. Per toccare di un solo, e venir d'appresso al nostro tema, non terrei come compiuta definizione quella che si dà del Pegno, all'art. 2071. « Il pegno in » genere è un contratto con cui il debitore dà al suo creditore » una cosa per sicurezza del suo credito ». Quante osservazioni ci sarebbero a fare per conto della scienza su questo modo di definire il pegno!

2. Noi intendiamo perfettamente tutti quei testi, ne comprendiamo lo spirito, sentiamo le differenze che hanno voluto mettere in rilievo, *fra pegno e ipoteca.* Una definizione avrebbe dovuto dire di più: hanno detto quanto basta. *L'austriaco*, gittando via ogni imitazione del francese, sta nel largo; appena ci addita lo scopo, e ci traccia le grandi differenze fra le due forme di pegno, tolte dalla diversità del materiale subbietto. Benchè quel testo dica meno degli altri, è sfuggito alla censura, perchè, meno degli altri, ha avuto l'aria di voler definire.

3. Eccettuo il *Codice Toscano* che davvero si è provato di definire

---

(*a*) Ibi.
(*b*) d. L. 1. §. 1.

Digitized by Google

il concetto metafisico della Ipoteca (art. 56. supra). E mi pare che ci sia riuscito (*a*).

§. LXV.

Elementi per costruire una definizione della Ipoteca.

1. I moderni hanno trasportato nei loro codici tutti gli elementi della Ipoteca romana, meno uno: la universalità della sua potenza reale, *agl' immobili* restringendola. Nondimeno fra le lucide nozioni che ce ne porgono gli antichi, non troviamo formulata una definizione.

2. La giurisprudenza però è concorde nell' ammettere 1.° che la Ipoteca è un *diritto reale* 2.° costituito sopra *beni immobili* 3.° vincolati al soddisfacimento di una *obbligazione*, o propria, o d' altrui 4.° che ha una prerogativa d' individuità 5.° mantiene il vincolo sull' immobile, malgrado la trasmissione d' uno in altro proprietario.

Quando si è detto che l' immobile è *vincolato* al soddisfacimento di una obbligazione, si è detto insieme che la Ipoteca non è la stessa obbligazione, ma una cauzione che vi si aggiunge. Quindi un *diritto accessorio*.

Assicurare il soddisfacimento, come modernamente si propone, è meno esatto che il dire — l' immobile è *vincolato* al soddisfacimento. Propriamente la Ipoteca non *assicura*, poichè molte volte si riduce a un tentativo di assicurazione; ma ogni più zoppa ipoteca e più tarda ha la influenza di *vincolo* che non si dissolve che colla liberazione della *obbligazione*, o del fondo.

Questa è la funzione *giuridica* della Ipoteca. La quale funzione non ha che ragione di MEZZO verso un' altra più estesa che chiamiamo *Economica* (§. 1.).

(*a*) Il Chiesi troverebbe che quella definizione non è esatta — *perchè la ipoteca può essere costituita da un terzo sopra i beni propri a garanzia di un' obbligazione altrui.* — Sist. Ip. N. 546. — Io avviso che la parola *debito* e *credito* sia capace del più largo concetto di *obbligazione*, e d' *ogni causa* dell' obbligarsi.

Digitized by Google

§. LXVI.

Perchè nell' ordine scientifico la ipoteca occupi un luogo superiore a quello del Privilegio.

Se tutto ciò che diciamo dell' Ipoteca, dicessimo del Privilegio, sarebbe evidentemente improprio. Tutti quei libri che si annunziano col nome di *Sistema Ipotecario*, credono aver detto abbastanza per far comprendere che trattano eziandio dei Privilegi. Un libro sul *sistema dei privilegi* non darebbe intenzione di trattare l' *ipotecario*. Quando vogliamo risalire alle supreme generalità della istituzione, noi esaminiamo la nozione del *Pegno* in relazione a quella d' *Ipoteca:* ma non parliamo del *Privilegio*. Quell' attributo nobilissimo di ordinare e sistemare il Credito che i moderni riconoscono nella Ipoteca, al Privilegio non siederebbe. Il Privilegio, come suona la voce, è un *extra legem* o *un praeter legem;* e rapporto alla Ipoteca, si risolve in una *eccezione* alla regola — che governa la efficacia dei diritti reali dalle ragioni del tempo, e non li mantiene che sugli immobili. Così la Ipoteca in quanto è *regola* e fondamento di tutto il sistema, logicamente primeggia: e pare che un libro che tenga alquanto dell' ordine scientifico, non abbia a posporne la trattazione.

§. LXVII.

Il luogo primario che logicamente, negl' Istituti moderni, appartiene alla Ipoteca sul Privilegio, le appartiene come tale, e non come Pegno.

E come oggidì la Ipoteca differisca dal Pegno.

1. Finchè il Pegno e la Ipoteca si rimasero nei loro limiti naturali (se così possiam dire) di cauzioni dirette alla tranquillità dei prestiti nell' ordine privato, non avrebbe potuto costruirsi un concetto scientifico nel quale quelle istituzioni avessero una priorità politica l' una sull' altra. In quella guisa che non può dirsi che il contratto di *vendita* sia d' ordine superiore, economicamente

Digitized by Google

parlando, a quello di *locazione* o di *mutuo*, i quali come gli altri contratti, sono ugualmente acconci alle condizioni della vita civile, secondo i varî bisogni che muovono le volontà degli uomini a stringerli fra loro; così in antico il Pegno e la Ipoteca, nella loro funzione rispettiva, si tenevano sulla stessa linea d'importanza economica e politica. Non tutti i bisogni sono di tutti i tempi; quell'assetto giuridico si attagliava perfettamente alle condizioni sociali che prodotto lo avevano; nè l'antichità sentì mai il bisogno di sollevare, sopra le altre di uguale nazione privata, la Istituzione ipotecaria, perchè servisse di faro a chi si viene agitando in questo pericoloso mare del Credito.

Cresciuta di merito e d'importanza, la Ipoteca non ha cangiato natura. Non dimentica ch'essa nasce dal Pegno (§. III.): ma salita in grado, si è lasciata addietro il padre, che resta al suo vecchio mestiere di guarentire il credito mobiliare col rozzo meccanismo della tradizione.

2. Egli è perciò che il Pegno non poteva incaricarsi di quella missione economico-politica che si è affidata alla Ipoteca. La sfera del suo esercizio, limitato al subbietto *mobiliare*, è troppo ristretta, troppo esclusivamente privata, perchè il mondo possa occuparsene. Ciò che costituisce il gran nervo degli Stati è la Proprietà immobiliare. Onde abbiam detto che la Ipoteca è stabilita come regola fondamentale. Il che accade non per virtù della sua natura, che è quella di Pegno; ma per la importanza del fine a cui è stata elevata nel concilio delle potenze economiche.

§. LXVIII.

Perciò si sono posti certi limiti più decisi fra le funzioni del Pegno e della Ipoteca.
E quali siano questi limiti negl' Istituti moderni.

1. Dice giustamente un illustre scrittore (*a*) che nel linguaggio delle leggi romane il vocabolo *pignus* può significare ugualmente *un diritto* o *una cosa*, o *un contratto*. Questa fecondità del

(*a*) Chiesi Sist. Ipot. N. 532. in fin.

Digitized by Google

vocabolo *pignus* non è venuta meno. Anche noi con questa parola significhiamo la *cosa*, il *mobile* che è l'obbietto materiale, esclusivo, del pegno; il *contratto*, nulla essendovi d'improprio nel dire, un *contratto di pegno*; e finalmente *il diritto* — jus pignoris — Ma i due primi significati sono oggidì ristretti alla materia mobiliare: solo il terzo nella sua elevazione di *principio* domina, per così chiamarli, i due emisferi, del Pegno propriamente detto e della Ipoteca. Onde il Codice Napoleone « il pegno in genere è un contratto con cui » il debitore dà al suo creditore una cosa per sicurezza del cre- » dito » Art. 2071. Se non che questa forma di dire, ripetuta letteralmente da altri codici (*a*) è pochissimo esatta — *Il pegno in genere non è un contratto* — ma il *jus pignoris*: quell'ideale, che non essendo circoscritto dalla materia, si conviene ugualmente alle due grandi specie in cui si divide.

2. Ma gli altri nostri Codici non vollero essere offesi di quella macchia (*b*).

Il Codice Pontificio si è astenuto dal definire *il Pegno in genere*, le cui nozioni si custodiscono nel tesoro del diritto comune con cui quello Stato si governa.

Il Codice Toscano art. XXIX., lasciate le astrazioni, ha cura di dare al concetto di Pegno la sua significazione concreta, dettando « Il pegno si costituisce mediante la consegna vera o sim- » bolica al creditore della cosa obbligata per la sicurezza del cre- » dito, e si richiede 1.° che la cosa pignorata sia *mobile*; per al- » tro non può costituirsi il pegno sulle taberne o sulle universi- » tà; 2.° che ne segua la tradizione al creditore, e rimanga presso » il medesimo o presso un terzo eletto dal creditore, o dal de- » bitore nella sua identità, e coll'effetto che gli oggetti oppigno- » rati non possano in verun modo rimanere presso il debitore,

---

(*a*) Codice delle Due Sicilie Art. 1941. — Sardo — 2124.

(*b*) Ben più grave errore fu quello di qualificare *l'anticresi* come pegno dell'immobile (Il pegno in genere) *quando sia data una cosa mobiliare ritiene il nome di Pegno; quando sia data* una cosa immobile *si chiama anticresi*. Art. 2072. Il Codice delle Due Sicilie. Art. 1942 e quello di Sardegna art. 2125 ricopiano letteralmente. Se l'Anticresi è il pegno dell'immobile, cosa sarà la Ipoteca?

Digitized by Google

» neppure col consenso del creditore, e del custode dei medesi-
» mi; 3.° che la sua costituzione risulti da un atto pubblico o
» privato avente però una data certa; 4.° che nell'atto di costi-
» tuzione sia espressa la quantità del debito, e sia descritto spe-
» cialmente il mobile oppignorato ».

Il Codice Estense, più recente di ogni altro (1852), nell'art. 2072. « Il contratto di pegno è quello per mezzo del quale il de-
» bitore dà al suo creditore una cosa mobile per sicurezza del
» credito ».

Nel *Codice di Parma* è la stessa disposizione all'art. 2098.

Tutte queste leggi, descrivendo esatti confini al *pegno mobile*, fecero più chiaro il suo distinguersi dalla Ipoteca. E in questo giovarono. Ma oltre ciò, il Codice Austriaco si occupò del Pegno in genere, e disse nella consueta sua precisione. « Il diritto di
» pegno è quel diritto reale che si dà al creditore di farsi paga-
» re sulla cosa se nel termine stabilito non siasi adempiuto alla
» obbligazione. La cosa sulla quale compete al creditore questo
» diritto, *in generale* dicesi Pegno. Art. 447 ».

3. Il *nihil interest* dei romani fra pegno ed ipoteca (*a*), propriamente cadeva sull'indirizzo delle *azioni* (*b*). Difatti un solo scopo; guarentire il credito con un mezzo artificiale, che diciamo cauzione reale. Le azioni sono organo a realizzare questo fine supremo della cauzione. I mezzi sono diversi: ma il fine si confonde: come due correnti che s'incrociano allo sbocco. La tradizione o non tradizione separava il pegno dalla ipoteca (*c*), ma questa istituzione, che non ebbe la stessa importanza nell'interesse generale, non impose a quei sottilissimi giuristi il rigore del vocabolario. Lavorando un meccanismo nuovo ma sullo stesso fondo ideale, noi abbiamo dovuto assegnare ai nomi antichi un posto più distinto per farci intender meglio.

(*a*) Inst. Lib. 4. Tit. 6. §. 7. — Vedi il nostro §.

(*b*) Inter pignus et hypotecam *quantum ad actionem hypotecariam attinet*, nihil interest. Inst. supra.

(*c*) Inst. Lib. d. §. 7. d.

Digitized by Google

Così il pegno dell'immobile chiamiamo propriamente Ipoteca; l'*azione ipotecaria*, che significava eziandio la persecuzione del mobile (*a*), ora non appartiene che all'immobile; il pegno dei crediti si è trasformato in *sequestro*; ma il pegno giudiziale conservò il suo cognome di famiglia, e la sua denominazione generica a rappresentare così bene l'atto di apprensione giudiziaria degl'immobili, che dei mobili e incorporali. Il nuovo sistema non gli ha data nessuna impronta speciale determinata dall'oggetto materiale, onde non fu mestieri di mutargli nome (*b*).

§. LXIX.

Della Ipoteca considerata come Diritto reale.

1. Invano si cercherebbe nei Codici moderni cosa sia *diritto reale*; ond'è necessario domandarlo alla giurisprudenza antica.

La grande separazione dei diritti *reali* e *personali* produsse quella delle *actiones in rem et in personam*. Essa corrisponde a quell'altra divisione del *jura in re* e delle *obligationes*. E può dirsi il genere generalissimo dei diritti in re, che comprende eziandio *jura status* (*c*) — e il *rerum dominium* (*d*).

2. Questo dividere il diritto secondo la natura delle cose *(reale)* è un definirlo dall'oggetto; imperocchè le cose sono l'oggetto del diritto in quanto l'umana potenza esercita sovr'esse il suo impero regolatamente, e secondo gli ordini di giustizia. Il diritto *in re* considera il rapporto *immediato* che noi abbiamo colla cosa, indipendentemente da qualunque attività personale che ci ponga in comunicazione con quella. Anche il *jus ad rem* tende obbiettivamente alla cosa, giacchè non aspiriamo più alla *persona del*

(*a*) Inst. Lib. 4. T. 6. §. 7. supra.

(*b*) Del pegno mobile in ispecie si dovrà trattare nella materia dei Privilegi.

(*c*) Actiones praejudiciales in rem . . . . . Inst. de act. §. 13. — Le *actiones in rem* corrispondono ai *jura in re*, in quanto si distinguono dalle personali. L. 37. pr. D. de oblig. et act.

(*d*) Strichio de adquir. rer. dom. Disp. XXI. Cap. VI. N. 1. Tom. 2.

Digitized by Google

debitore, se non come mezzo di escussione per avere la cosa. È questa perciò la tendenza eziandio del *jus ad rem* (*a*). Laonde il *jus ad rem* modifica lo stato della persona come il *jus personarum*, ma in guise diversissime. Poichè questo modifica lo stato *intrinseco* dell'uomo, ossia la sua personalità civile (diminuzione di capo, interdizione, diritto di paternità, di figliazione ecc.); quello agisce sullo stato *estrinseco* dell'uomo, che può dirsi benissimo, *economico*, ossia sulle sue sostanze (*b*). Insomma, quella grande divisione non fa che stabilire la nostra *relazione giuridica* col mondo esterno, con quello delle cose. Secondo che l'obbietto che è fra il nostro spirito e la cosa che vogliam pigliare è immediato o mediato; secondo che il nostro rapporto con quello è più o meno diretto; noi abbiamo o il *diritto reale* o semplicemente la *obbligazione* (*c*).

3. Avverto che il *jus in re* comprende *sempre* l'elemento del dominio; e prego sia posta mente a questo concetto perchè è fecondo di conseguenze. A ver dire le nostre fonti lo fanno aperto (*d*);

(*a*) Jus ad rem est jus quod rem ipsam non afficit, seu quo res ipsa nobis est devincta, sed personam adstringit ad *dandum* aliquid, vel *faciendum*, et uno verbo dicitur *obligatio*. Strich. eod. N. 3. pr. D. de oblig. et act.

(*b*) Esattamente Strichio. — Et jus personarum et jus ad rem HOMINEM afficit, sed diversimode, primum *intrinsece*, ut certae conditionis vel status sit; alterum *extrinsece*, ut in certo statu constitutus ad dandum aliquid, vel faciendum, adstringi possit. Tom. 10. Disput. 1. ex Libro 1. Institut. Imperial. §. 7.

(*c*) Per ciò si resero ridicoli quei novatori del diritto romano che immaginarono un'altra partizione, come il Proudhon con quella sua famosa proposta del *jus in re*, del *jus ad rem*, e del *jus in rem*, che il Giovanardi confutò vittoriosamente nella Dissert. IV.

(*d*) In rem actio est per quam rem NOSTRAM, quae ab alio possidetur, petimus. L. 25. D. de oblig. et act. pr. Ricordiamo che l'*actio in rem* è l'*actio realis*; e che l'*actio realis* non è che il *jus in re*. Actiones *reales* quae ex JURE IN RE; personales quae ex *jure ad rem* oriuntur Lauterbach Dissert. Scelect. Tom. 1. Diss. 2. N. 1.

Digitized by Google

onde tutte le azioni reali sono *vindicationes* (*a*). Questo abbiamo appellato genere generalissimo *dei jura in re* (N. 1. di questo §.), perchè comprendono tanto il *dominium rerum*, ossia corporale, quanto il *dominium jurium*, ossia metafisico e intellettuale; che è quello del diritto che dicesi *constitutum super re aliena*. Veramente la nozione dei diritti *super re aliena* (*b*) è meno estesa, appunto perchè non contiene il *rerum dominium*; ma anche i diritti ci appartengono come *facoltà*, ed è esatto il pronunciare, i *diritti essere in nostro dominio*.

§. LXX.

Il diritto reale ipotecario, comunque accessorio di un' obbligazione, ha una esistenza giuridica sua propria.

1. Il *diritto reale* conosciuto sotto il nome specifico d' Ipoteca è dunque nel nostro dominio come ogni altro: in quanto è la *facoltà* di colpire con mezzi giuridici una cosa onde forzarla a pagare il nostro credito. Ciò tengo importantissimo a stabilirsi perchè parmi che la troppa insistenza sulla qualità *accessoria* dell' Ipoteca, generi un po' di confusion nelle menti. Alcuno stima che il diritto della Ipoteca, ossia la stessa Ipoteca, non possa cedersi con ragione di pegno convenzionale se con essa non si cede il credito. Non è questo il luogo a discutere se in tale sentenza sia venuto taluno dei nostri codici moderni che sembra così disporre. Ma pigliando il ragionamento dalla intrinseca natura delle cose, è manifesto che la qualità di *accessorio* non toglie che il diritto d' ipoteca non sia una vera attività economica esistente nel nostro patrimonio, di cui non si possa disporre anche indipendentemente dal credito. Dico disporre entro i limiti della sua natura,

---

(*a*) Actiones reales in genere, aliter *vindicationes*, vel ut alii volunt vendicationes vocantur §. appellamus 15. Lib. IV. Tit. 6. Inst.

Oldendorp. Class. 3. act. in princ. Vultejus N. 53. 54. apud Oldendorp. Scambogen Praelect. pub. edit. Lovan. 1715. Lect. in Instit. l. d.

(*b*) V. il nostro §. XV. N. 2.

Digitized by Google

e in relazione alle sue condizioni giuridiche. La disponibilità delle cose tutte che sono in nostro dominio (in bonis) si estrinseca in due forme generali, e diversissime per gli effetti; trasportandole nel dominio altrui, o vincolandole all' altrui diritto, ritenendole però nel dominio nostro. Questo è il Pegno. Ma se il nostro diritto non è che un diritto di pegno, è chiaro che quest' ultima forma si risolverà in un *pignus pignoris*, o suppegno. L' attitudine del pegno di realizzarsi in suppegno, prova dunque che il *jus pignoris* è una facoltà metafisicamente diversa dalla cosa che n'è l' obbietto (*a*). Il che avviene di ogni altro diritto reale, come per esempio il diritto di retratto convenzionale di un fondo venduto. Non è punto assurdo che potendosi vendere o donare il diritto, e con esso le speranze reali che vi sono annesse, non si possa altresì impegnare. Come ognun vede, in questo caso non si dà *la cosa in quanto è l' obbietto del diritto, investendo altrui dei mezzi giuridici abili a conseguirla;* ma si dà una cosa diversa, cioè s'impone a quest' attività la obbligazione di assicurare il diritto di un terzo. Questo sviluppo ideale ben compresero i maestri d' ogni giurisprudenza, che ponendo come cosa certa la facoltà d' impegnare il pegno, attribuirono al secondo creditore tanto la eccezione che l' azione utile (*b*). Il secondo creditore non possiede

---

(*a*) Tre opinioni corrono fra gli arguti alemanni. Gluck — Comment. T. XIV. p. 57. vuole che il suppegno sia un ulterior pegno della *cosa oppignorata;* altri, ed è la opinione più comune, fra cui Mülhanbruch. doctrin. Pandect. §. 305. non sia che un *oppignoramento dello stesso diritto reale del pegno;* Hepp, cangiando avviso, ne ha introdotto una terza — *non essere che un oppignoramento dell' obbligazione.* Archiv. T. XV. — Come vedete nel testo, io sto colla seconda opinione.

(*b*) Cum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio, quam actio utilis ei danda est. *Marcian. lib. singular. ad for. hypoth. Fram. L.* 13. *De pign.* §. 2. Presso a poco negli stessi termini l' Imperad. Gordiano — *Etiam id quod pignori obligatum est a creditore pignori obstringi posse*, jamdudum placuit; scilicet ut sequenti creditori *utilis* actio detur; tamdiuque eum is qui *jus repraesentat* teneatur, quamdiu in causa pignoris manet ejus qui dedit. L. 1. C. si pignus pignori datum sit.

Digitized by Google

veramente il diritto, *ma ne ha la rappresentanza* (jus repraesenctat) secondo la felice espressione di Gordiano (*a*). E ciò a togliere che una cosa possa riputarsi solidalmente posseduta da più persone. Io diceva testè che chi dà in pegno il diritto ipotecario non cede punto *la cosa in quanto è l'obbietto di esso diritto:* ossia non cede il diritto di esigere la somma; giacchè le *azioni utili* che ne sono conseguenti, non hanno altra efficacia che di perseguitare il pegno (*b*).

2. È vero che, soddisfatto il credito dal debitore in mano al suo pignoratario immediato, anche il secondo pegno si risolve e svanisce (*c*). E ciò è naturale, appunto perchè il pegno, sta sempre colla obbligazione nella proporzione di un mero accessorio. Ma la quantità di un diritto, considerata nei suoi accidenti di estensione e di durata, non toglie o aggiunge al suo essere di diritto; e le sue stesse qualità limitative provano che *esso è:* non potendosi concepire qualità senza soggetto (*d*).

(*a*) Nota precedente — La forza di questo diritto innalzato sopra un altro diritto (suppegno) ha un bell'argomento in quella regola di ragione, che se trattavasi non di *quantità* ma di *specie*, soddisfatto colla dazione della specie il pegno, su questa traslatavasi il vincolo, formandosi così un *pegno vero* .... si vero *corpus* is debuerit et solverit, *pignoris loco futurum apud secundum creditorem.* L. 13. D. de pign. §. 2.

(*b*) Nempe cum pignus tantum datur pignori, propterea utiles actiones *non dantur ad exigendum*, sed persecutio pignoris tantum competit. — Balduin. de pignor. C. 12.

(*c*) L. debitor §. ult. D. de pignor. act. Papinian. Siamo avvertiti in buon punto dal Balduino sulla differenza che è fra il *pignus nominis* e il *pignus pignoris:* chè il primo è immediato, mediato il secondo; il primo obbliga il debitore del debitore, purchè denunciato, al pagamento verso il pignoratario; laddove il debitore non riconosce il secondo pignoratario, e paga liberamente al primo; semprechè non ci sia ostacolo in qualche estrinseca forma, come ora veniamo a dire.

(*d*) Perchè mai si è questionato, se il diritto dell'ipoteca sia *mobile* o *immobile?* Troplong des Priv. et Hyp. Comment. des Comment. N. 386. 2.° Che è mai un *diritto corporale?* Come può concepirsi? Un *diritto*, in quanto esiste, è forse altra cosa che una *facoltà* e un ente intellettivo?

Digitized by Google

§. LXXI.

Di alcune differenze fra questa e le altre specie di diritti reali.

1. E questi sono segni e, a così dire, linee iniziali di una dottrina immensa, quella delle cessioni ipotecarie, delle surroghe, dei subingressi, dei suppegni; che conviene trattare a luogo opportuno, non volendo ora toccare che dei principî intrinseci, senza relazione alle peculiari disposizioni dei codici, e a quelle forme esteriori e assicurative che vi sono indicate (*a*). Per dare un certo compimento alla teorica dei diritti reali, valgano alcune altre considerazioni che, nel distinguere la natura di essi, danno rilievo ai loro caratteri generali.

2. *Jus in re* è il dominio; il possesso; la servitù; la superficie; l'enfiteusi; Pegno e Ipoteca. Che tutti questi diritti abbiano le stesse relazioni colla proprietà, niuno è che voglia affermarlo. Non parliamo del primo che è il complesso degli elementi che costituiscono la proprietà; nè del secondo che ne riguarda semplicemente l'esercizio fenomenale o apparente, sapendo ognuno che dal possesso al diritto di proprietà non vi ha inferenza se non estrinseca. La servitù si distingue dal Pegno in un modo troppo sensibile perchè non si debba aderire alle moderne dottrine germaniche che ne fanno una classe a parte (*b*);

Ciò quanto all'essere di diritto che è una concezione metafisica di una generalità estesissima. L'indirizzo che il diritto reale ha di conseguire una cosa mobile, o immobile *(objectum juris specificum)* non lo trasmuta punto nè lo identifica colla cosa *mobile* o *immobile* a cui aspira: appunto perchè è un mezzo a conseguire e non la cosa stessa conseguita. E quando il diritto si consuma e si realizza cessa di esser tale: e, se trattasi di un conseguimento reale, in luogo di un diritto, otteniamo una cosa.

(*a*) Come gli annotamenti ipotecarî nei subingressi, suppegni ecc.

(*b*) Laddove gli autori, anche di quella nazione, sino a questi ultimi tempi, non solevano porre molta cura nel segregare la varia natura dei diritti reali. Vedi fra gli altri Strichio — Disput. XXI. Cap. 6. T. 2. — Brunn. ad parat. Wesenb. qu. fin. de rer. dom. — Intendi *la servitù reale*.

Digitized by Google

mostrando che la prima è una alienazione, *e perciò contiene speciali elementi fondati originariamente nella proprietà, ma secondo diritto separati da essa:* il che è detto benissimo (*a*). Per converso il Pegno consiste nella *obligatio rei;* e sappiamo non esser punto un' alienazione. Onde la *servitù* si dice separata dalla estensione della proprietà, e quasi una proprietà a parte, o almeno sussistente per sè, e nel senso metafisico indipendente da quella; mentrechè il Pegno è contenuto nella proprietà, che rimanendo intera e nella totalità della sua estensione primitiva, s' incurva sotto un peso che non aveva, e senza perdere un atomo della sua esistenza giuridica raccoglie, a così dire le forze, per sostenere il nuovo gravame che impone a se stessa. E ciò nasce appunto in causa della sua perfetta disponibilità. È un diritto *nuovo;* laddove la servitù è una diminuzione dello stato *antico* della proprietà (*b*).

Giacchè la *servitus personae* — unita alla esistenza fisica di un essere umano, secondo la sua indisputabile nozione, non è che l' esercizio della proprietà di cui, quanto alle naturali utilità di quella, è investito un terzo estraneo alla *causa* di esse utilità. L. 1. D. de usuf.

(*a*) Büchel — dei diritti in re e del loro oppignoramento — Traduz. Pizzoli.

(*b*) E questo si fa chiaro a tutte le menti osservando che la *servitù* costituita realizza il suo obbietto giuridico: dove il *pegno* tende a realizzarlo; onde l' una ha ragione di *fine*, e l' altro di *mezzo*. Per il che Giavoleno potè dire — quoties — via aut aliquod jus fundi *emeretur* L. 20. D. de servit. Non piacque agli antichi giureconsulti che le *servitù urbane* potessero oppignorarsi; ma delle *rustiche* pare portassero altra sentenza. Marciano difatti non escluse che le prime. L. si is qui §. ult. de pignor. E più espresso ancora fu l' avviso di Paolo L. 12. D. de pignor. Duareno Lib. 2. disput. c. 13. trovò che una identica ragione valeva per escludere la capacità del pegno da ogni altra servitù, eccettuate le personali. E questo si tiene da tutti i codici moderni che riconoscono *nell' usufrutto* una materia capacissima d' ipoteca. I tedeschi con quel profondo vedere che hanno, osservano che una servitù costituita da un proprietario *pignoris causa* a favore di un terzo, prima di essere alienata, non esiste propriamente nè presso di lui nè presso il

Digitized by Google

3. Quanto alla superficie e all'enfiteusi, manifesto è il diversare di questa specie di *diritti reali* dal pegno; ma chi si pone in codeste discussioni metafisiche ed astratte l'ha a fare coi tedeschi che vi assediano, per così dire, con ragionari bellissimi, e v'impacciano, e non vi lasciano ire avanti. Vogliono adunque non esser più vero che l'enfiteusi sia un *dominium utile* (*a*); ma meramente un *jus in re aliena;* della quale sentenza è autore Thibaut, a cui sembra aver aderito anche Savigny nella seconda edizione del *Diritto del possesso.* Di che la *proprietà rimane piena,* competendo semplicemente all'enfiteuta *la facoltà d'esercitarla indipendentemente dal proprietario.* Scrivendo della enfiteusi, io mi stetti buonamente colla opinione vecchia (*b*), che però non ho ancora mutata. Sarei tentato a crederla una quistione di parole. Perchè noi c'intendiamo perfettamente intorno alla essenza di questo diritto, ai caratteri della istituzione, alle sue conseguenze. E se ad altri piace chiamarla un *jus in re,* in luogo di un *dominium utile,* crederei proprio che si trattasse di parole (*c*). Ma non

---

creditore; ma solamente la *quasi possessio* di alcune facoltà, comprese nella estensione della proprietà, intellettivamente si trasloca, e passa dal proprietario nel creditore del pegno. I quali elementi di attività, possono benissimo da lui alienarsi allo scopo del soddisfacimento del suo credito. Ed è allora soltanto che la servitù si costituisce efficacemente, come se il proprietario stesso l'avesse data ad un terzo. Non può una breve Nota rendere sensibili le ragioni di questo sottile insegnamento, che tende a stabilire la scientifica possibilità dell'oppignoramento (hypoteca) di qualunque servitù, non escluse le urbane. Come noi dovremo parlare della ipoteca, nel rapporto della servitù personale (usufrutto), e della intrinseca natura di questa combinazione giuridica, forse faremo chiara anche quella dottrina.

(*a*) Parlo di alcuni. Sono coll'antica teoria Ghük, Du Roi ecc.

(*b*) Il Contratto d'enfiteusi P. I. Capo III.

(*c*) E io non dubito che il *dominium utile* contenga *elementi separati dalla proprietà,* checchè ne dica il Thibaut, anche in maggior grado della servitù; come m'impegnerei di mostrare in una nuova edizione del mio *Contratto d'enfiteusi* a cui sono invitato, vendicando alla scuola italiana l'onore di quel concetto. Se il predicato *dominium* sembrasse eccessivo, l'addietto *utile* lo

Digitized by Google

più di questo. La *superficie* suole chiamarsi una imitazione dell' enfiteusi (*a*): ed è chiaro che da queste istituzioni il Pegno essenzialmente si discerne 1.° perchè questo diritto reale, benchè intrinsecamente per se sussistente, obbiettivamente non è che *accessorio* di un altro diritto 2.° perchè il Pegno è veramente contenuto nella proprietà (N. 2. di questo §.); i mentovati invece, non meno che la servitù, contengono elementi distinti e separati da quella.

Fu per noi avvisato, *il jus pignoris* appartenere al dominio nostro, *et esse in bonis* (§. LXIX.): il che ognuno sentirà essere assai diverso dal senso con cui si è riconosciuto un *dominium* nella servitù (*b*), nella enfiteusi e nella superficie. Senza dubbio, noi abbiamo voluto significare di averne la *disponibilità* indipendentemente dalle basi giuridiche su cui è fondato; ma con ciò non abbiam detto che il pegno attribuisce un dominio all' oppignorante, poichè altro è avere la disponibilità, e quindi un diritto di dominio relativamente a questo effetto del disporre; ed altro è che il diritto sia fondato nel dominio (*c*).

4. *Il jus hereditarium* soleva classificarsi nei diritti reali; ma evidentemente non ha attinenza veruna colla specie che esaminiamo.

---

corregge e lo spiega. Se non sembrasse abbastanza classico, avrei un bel testo, che forse fin qui rimase nascosto, che attribuisce l' appellativo *dominus* sino all'usufruttuario. *In venditionem bonorum etiam ususfructus veniet, quia appellatione DOMINI fructuarius quoque continetur.* L. in venditionem 8. D. de reb. auctor. jud. poss. Aggiungi la L. 4. D. de usufruct. *ususfructus multis casibus pars DOMINII est.* Al Thibaut, che nega al superficiario e all' enfiteuta qualunque relazione di dominio, dovrebbero essere sfuggiti questi testi.

(*a*) Onde i realisti negano la quasi *juris possessio*, che pure Savigny concede — Diritto del Possesso §. 9. e 23. Mülhenbruch doct. pand. §. 302.

(*b*) Fondo *dominante*, quello che ha una servitù attiva sopra un altro fondo.

(*c*) Io ho il dominio delle rendite naturali del fondo, che mi è dato a titolo di conduzione, in quanto posso disporne; ma il mio diritto non è fondato nel dominio rei a cui le rendite appartengono.

Digitized by Google

CAPO II.

DELLA INDIVIDUITÀ DELLA IPOTECA

§. LXXII. — *Richiamo dei testi.*
§. LXXIII. — *Le leggi romane stabiliscono la dottrina della individuità della Ipoteca, ma senza proporre verun pronunciato dogmatico.*
§ LXXIV. — *Solidarietà degli eredi: conseguenza di quella dottrina.*
§. LXXV. — *Tuttavolta il creditore ipotecario deve osservare i termini dati dalle leggi alla compilazione dell' inventario, quando si tratta di eredità beneficiata.*
§. LXXVI. — *Ma passati quei termini, il creditore ipotecario può spiegare la sua azione contro gli eredi beneficiati, eziandio indivisi.*
§. LXXVII. — *Dell' applicazione del principio della Individuità ipotecaria giusta i codici moderni.*
§. LXXVIII. — *Limitazioni.*
§. LXXIX. — *Della eccezione tolta dalla L. 1. §. ult. Cod. comm. de legat.*
§. LXXX. — *Teoria della Individuità ipotecaria.*
§. LXXXI. — *Della solidarietà convenzionale.*

§. LXXII.

Richiamo dei testi.

Alcuni dei nostri codici (*a*) hanno espresso questo carattere della Ipoteca dettando essere di *sua natura indivisibile* (Codice francese, delle Due Sicilie, Sardo, Estense). Il Pontificio, ha posta innanzi una locuzione sua propria — ch' esso è un diritto *individuo* di sua natura. Per quello che saremo a dire, a noi sembra una

(*a*) Capo I. di questo Titolo I.

Digitized by Google

espressione molto più corretta. Il Codice Toscano e l'Austriaco hanno evitato la dichiarazione dogmatica, contenti al farne sentire gli effetti nello svolgimento e nelle varie fasi della istituzione.

§. LXXIII.

Le leggi romane stabiliscono la dottrina della individuità della Ipoteca, ma senza proporre verun pronunciato dogmatico.

1. I fondamenti di questa dottrina si trovano assai bene collocati in quella sede in cui si tratta *delle stipulazioni*. Pertanto nel titolo *de verbor. obligat.* furono raccolte le sentenze di Paolo e di Ulpiano (*a*), che fermano questo triplice teorema. Le stipulazioni (obbligazioni solenni) consistere nel dare o nel fare; alcune di esse patire divisione di parti, come se abbia a darsi una quantità (decem); altre essere indivisibili per natura *(via - iter - actus)*; una terza specie per natura essere divisibile; ma la obbligazione non potersi soddisfare, se non dando l'intero *(cum generaliter hominem stipulor, aut lancem, aut quodlibet vas)*. Nei quali principî si contengono tutti gli elementi della dottrina della *individuità* reale, e i germi di tutte le conseguenze che si svolgono negli altri frammenti sopra citati, e che più largamente si vedrebbero campeggiare nell'opere di quei maestri mozzate dalla forbice di Triboniano.

2. Appresso non si trova scritto in quel corpo di leggi a quale di codeste categorie di obbligazioni la Ipoteca appartenga, ma additando i modi del suo operare, lasciarono alla scienza la facoltà della formula.

Le nozioni giuridiche su questo tema della individuità ipotecaria sparse nel corpo del Diritto, sono queste:

a) Data una pluralità di beni ipotecati, il creditore può perseguitare quello o quelli ch'egli elegge ad arbitrio e comodo suo (*b*).

(*a*) LL. 2. 3. 4. 72. de V. O.
(*b*) L. 8. D. de distract. pign.

Digitized by Google

b) Il creditore non è obbligato a liberare neppure in parte i beni ipotecati, se non soddisfatto l'intero credito (*a*).

c) La naturale efficacia della Ipoteca si estende eziandio alle usure (legittime) e alle spese (*b*).

Così il diritto romano, non teorizzando sulla individuità della Ipoteca, permette di comprenderla come una deduzione che si ricava facilmente da quelle regole pratiche; perciocchè se il creditore ha il diritto di scelta, e la facoltà di serbare intatta la sua ipoteca sino alla totalità del soddisfacimento, è palese che la Ipoteca è fornita di una prerogativa di universalità che ulteriormente la distingue dalle obbligazioni personali.

§. LXXIV.

Solidarietà degli eredi: conseguenze di quella dottrina.

1. Ben guardando, le nozioni sopra ricordate (N. 2.) si restringono in un concetto identico, non distinto che nel rapporto di principî e di conseguenze. Non si potrebbe colpire con pari efficacia, così la parte, e una parte qualunque, come l'intero, se una forza di penetrabilità, colla potenza metafisica della idea, non s'insinuasse in tutte le molecole della materia che vi soggiace (*c*). Onde la vecchia divisa della Ipoteca — *est tota in toto*,

---

(*a*) L. qui pignori 19. D. de pignor. L. 6. C. de distract. pign. L. 11. §. 3. de pignor. act.

(*b*) L. si necessarias 8. §. fin. D. de pign. act. L. 11. §. 3. eod. S'intende sull'appoggio di valide iscrizioni; ma di ciò a suo luogo.

(*c*) Giavoleno disse energicamente della servitù itineris aut actus: si totus ager itineri aut actui servit, dominus in eo agro nihil facere potest quo servitus impediatur, *quae ita diffusa est ut omnes glebae serviant*. L. 13. D. de servit. praed. rust. Ma se questa virtù è *diffusa*, può ben dirsi che quella della ipoteca involve e penetra la materia, il cui essere giuridico non viene semplicemente modificato, come nell'esercizio della servitù interviene, ma si trasloca sotto questo meccanismo potente, e si sforma e sposta in tutte le membra ad arbitrio del creditore ipotecario.

Digitized by Google

et tota in qualibet parte. Ciò posto, è facile il vedere che *dal diritto di scelta* (*a*) nasce quello della integrità del giure ipotecario (*b*) fintantochè il debito non sia totalmente estinto. *Debito* e *ipoteca*, ecco i due termini logici di questa combinazione: e il debito può affermarsi, senza rispetto alla quantità.

2. Quando le leggi hanno coordinate a queste idee le obbligazioni degli eredi, non hanno fatto che proclamare la inviolabilità del principio. Vediamone le disposizioni.

a) Il creditore ipotecario esercita la sua azione reale sopra tutti, o i singoli beni ereditari a sua scelta, benchè, morto il debitore, siano passati negli eredi: non essendo egli costretto dalla regola che stringe il creditore personale, non escluso il fisco (*c*), di perseguitare gli eredi semplicemente nel limite del loro interesse ereditario, e, come dicono, pro virili (*d*).

b) Se uno degli eredi del debitore offre il pagamento di quella parte del debito che a lui spetterebbe com'erede, non impedisce al creditore l'esercizio collettivo della sua azione ipotecaria (*e*).

c) Avendo il creditore lasciato più eredi, il debitore pagando ad uno di essi eredi la rata del credito che gli compete, non si libera in verun modo. Perciocchè gli altri coeredi, offerta al debitore la restituzione di quella parte di prezzo che ha pagato, possono dare all'asta *l'intero fondo* (*f*).

(*a*) Espresso nella prima delle indicate nozioni.

(*b*) Espresso nella seconda e terza.

(*c*) L. 2. C. de hered. action.

(*d*) Supponiamo il caso inverso. Il creditore ha molti eredi indivisi. Uno di essi potrà esercitare l'azione ipotecaria che si aspetta a tutti in comune? Non già: perchè la solidarietà viene affermata nel suo rapporto obbiettivo, e *passivamente*. Ma ogni erede, agendo nel suo particolare interesse, e sino alla concorrenza del suo quoto di credito può esercitare il suo diritto ipotecario con quello stesso sistema d'individuità che è della natura di ogni ipoteca? Non può dubitarsi.

(*e*) L. 16. C. de distract. pign. L. 8. §. 2. D. de pignor. act.

(*f*) Letteralmente la L. solutum 11. §. si creditori D. de pignor. act.

Digitized by Google

La persona non esiste per il creditore ipotecario; il suo rapporto è immediato col fondo; la parola *erede* per lui è un predicato che non ha senso; giacchè se non ha rispetto alla personalità del debitore, non può essere obbligato di averne alle emanazioni di quella.

§. LXXV.

Tuttavolta il creditore ipotecario deve osservare i termini dati dalle leggi alla compilazione dell' inventario, quando si tratta di eredità beneficiata.

1. Giustiniano ha stabilita questa regola nella L. ultima §. 11. C. de jure deliber. ordinando il cominciamento dell' Inventario entro i primi trenta giorni dall' apertura delle tavole testamentarie, o dalla cognizione del proprio diritto ereditario; e il terminare di esso fra altri sessanta — §. 1. eod. (*a*).

2. I codici moderni non hanno proposta veruna teoria diversa da quella che le leggi romane hanno fondata circa l' operare collettivo (causam indivisam) della Ipoteca malgrado negli eredi si moltiplichi la personalità del debitore. E col loro silenzio provano anche una volta che il diritto romano è il fondo comune del sapere giuridico di cui i nostri istituti, salvo le necessità dei tempi nuovi, non sono che derivazioni.

3. Anche la dottrina delle adizioni ereditarie si conserva inalterabile dalle nostre leggi. Essa non incontra che alcuni cangiamenti di modalità esecutive.

(*a*) Propriamente la sospensione dell' esercizio ipotecario, è legittima in quanto coll' azione ipotecaria si combina la *personale:* nell' azione reale *pura*, come la vendicatoria, non competerebbe il privilegio secondo una buona opinione del Tomasio — decad. Tract. 7. Tit. 13. C. 5. N. 31. del Porcella de Inventar. q. 5. N. 9. fol. 13. Giurba ad Consuet. cap. 9. gloss. 5. N. 24. ed altri. Materia speciale di cui si tratterà altrove.

Digitized by Google

Regolamento Pontificio.

Indica il modo onde la eredità può accettarsi col beneficio della legge e dell' inventario (*a*), ma non prefigge termine all' esaurimento di questa formalità. Il termine è nel diritto comune vigente in quello Stato (§. 1559).

Codice delle Due Sicilie — art.° 712.

Codice Estense — art.° 997.

Codice di Parma — art.° 915.

L' erede ha *tre mesi* per far l' inventario, da computarsi dal giorno dell' apertura della successione, e *quaranta giorni* per deliberare sull' accettazione o rinuncia della eredità.

Codice Sardo — art.° 1014.

Ai tre mesi dati per la confezione dell' inventario, ne aggiunge *tre altri* a deliberare.

Nel sistema *Austriaco* (art.° 802. *del Codice Universale*) il giudice s' incarica della formazione dell' inventario nel più breve termine possibile.

4. Il creditore ipotecario deve rispettare questi termini.

§. LXXVI.

Ma passati quei termini, il creditore ipotecario può spiegare la sua azione contro gli eredi beneficiati, eziandio indivisi.

È chiaro per ciascuno che la sospensione dell' esercizio è quistione *di tempo*, e non *di modo*; e non riguarda *come* l' azione debba spiegarsi, ma *quando* lo possa. In ciò non è punto offesa l' inscindibilità dell' operare ipotecario. Ma se il creditore a cui la legge scioglie le mani e lascia la libertà di agire, si trovasse poi impacciato dalla posizione economica degli eredi, in quanto avessero o no divisa fra loro la sostanza ereditaria, ciò sarebbe una mentita al principio della *individuità* perchè dipenderebbe dal fatto della *divisione*; e sarebbe contraddittorio. Del resto la massisima che poniamo in questo §. non aveva forse neppur bisogno

(*a*) §. 1536 ecc. del regol. legisl. e giudiz. 10 Novembre 1834.

Digitized by Google

di esser ricordata, se un autore celebre (*a*) non si fosse fatto ad oppugnarla, sotto specie che, la eredità *beneficiata* non riposa nel possesso di veruno, fintantochè non sia stata distribuita negli eredi. Ammesso, com'è indubitato, che si possiede anche la parte indivisa (*b*), non si sa proprio vedere come nell'alta mente del Duranton nascesse quella idea. Un'eredità beneficiata, non è un' *eredità giacente*, dice assai bene il Chiesi (*c*). L'*inventario*, lontano dal far concepire il supposto di una sospensione di *possesso*, persuade il contrario. Difatti, essendo l'ufficio di esso, separare il patrimonio del defunto da quello che è proprio dell'erede, ciò suppone la esistenza di due patrimoni, e il *possesso* loro nella stessa persona.

§. LXXVII.

Dell' applicazione del principio della Individuità ipotecaria giusta i Codici moderni.

I codici moderni sono men ricchi di forme particolari, che il diritto romano non era, a mostrare la incarnazione, userò questa frase, del principio d'individuità.

Il Codice di *Napoli* nell'art.° 794. il Codice *Sardo* nell'art.° 1906., l'*Estense* nel 1108., quello di Parma nel 1033., trattando *della collazione e del pagamento dei debiti ereditari* ricopiavano dal francese questa disposizione. « Gli eredi sono tenuti ai debiti e » pesi ereditari, personalmente in proporzione delle loro quote, » *ed ipotecariamente per l'intero*, salvo il loro regresso se vi ha » luogo, contro i coeredi in ragione della tangente, per cui es- » si debbono contribuire ».

E anche questa regola giace in luogo che non è consacrato al tema ipotecario, e con relazione incidente. Propriamente in quella parte dei nostri codici che tratta dei privilegi e delle ipoteche

(*a*) Duranton.
(*b*) L. 26. D. de adq. vel am. poss.
(*c*) N. 589. Vol. 3.°

Digitized by Google

non troviam formulate le operazioni pratiche di quella legge fondamentale. Nondimeno, o dedotti come conseguenze, o tramandati dal diritto romano, sono canoni certi, e comuni ad ogni legislazione, i seguenti:

1.° L'Ipoteca si estende ad ogni e singola parte degl'immobili ipotecati (§. LXXII.), a tutte le loro accessioni o naturali o industriali (*a*).

2.° Agl'interessi come accessorio, ed emanazione del capitale (§. detto); senonchè la legge moderna modificò in ciò la regola del diritto romano, nella prudente restrizione del triennio, se ne eccettui alcuni casi nei quali è accettata la regola suddetta.

3.° L'Ipoteca nel suo esercizio è libera di colpire o tutti gl'immobili a cui si attiene, o parte di essi, a talento del creditore (§. LXXII. a. detto); nè gli può essere opposta o la esiguità del valore del fondo incapace di soddisfare l'intero debito; o che il valore di esso sovrabbondi al credito.

4.° Parte del credito pagato, non iscarica in parte il peso della ipoteca (§. detto b.).

5.° Gli eredi sono solidali in quanto posseggono le cose ipotecate: che poi non è altra cosa che la solidarietà obbiettiva della materia, non alterata dal cangiamento della persona (§. LXXIII. a. b. c.).

6.° Se il debitore paga ad uno degli eredi del creditore ipotecario la parte virile che gli appartiene, non può ridurre la Ipoteca, ma seguita a soffrirla intera su tutti i fondi ipotecati (*b*).

7.° Il simile avverrebbe se il coerede soddisfatto consentisse alla riduzione della Ipoteca, poichè se il coerede non soddisfatto non può chiedere che quella parte di credito che gli spetta,

---

(*a*) Questa ed alcune altre regole che si vengono avvisando, dovranno svolgersi nella vastità dei loro risultati, ove si tratta delle materie speciali relative, anche per coordinare in qualche modo il metodo scientifico con quello dei codici.

(*b*) Dumoulin. Extricat. Labyr. div. et indiv. P. 2. N. 91. e P. 3. N. 28.

Digitized by Google

l'esercizio però della sua azione ipotecaria deve avere tutta quella latitudine che è data dalla legge.

8.° Effetto della individuità è l'obbligo che ha il terzo possessore di pagare tutti i debiti ipotecarî che affliggono l'immobile, qualunque sia la somma, ove non preferisca di abbandonarlo perchè sia venduto all'asta pubblica.

§. LXXVIII.

Limitazioni.

1.° Il patto non ha virtù di privare il Pegno delle sue forme *essenziali* (Capo IV. segu.) ma cangia modo ai suoi caratteri *naturali;* e può determinare alla Ipoteca un esercizio parziale, limitando la escussione, restringendola a certi fondi, anteponendo altri diritti ipotecarî comecchè nell'ordine posteriori, o consentendo a certe condizioni, che, non prevedute dalla legge, formino un gius particolare fra contraenti.

2.° La riduzione delle iscrizioni eccessive in certi casi, e per disposizione di certe leggi, è un'altra limitazione del principio.

3.° L'obbligo di escutere alcuni beni prima di molestare certi altri, come avviene nell'esercizio della ipoteca generale quando se ne ha una speciale, o a favore di un terzo possessore che possa mostrare uno spazio da mietere abbastanza largo nei campi del debitore, o in ordine a particolari disposizioni, una delle quali può segnarsi nell'art. 1550 del Codice Sardo, è una vera restrizione di quel principio. Libertà di azione, quanto concerne la estensione dell'obbietto ipotecato, è la divisa del creditore ipotecario: onde in proporzione degli ostacoli giuridici che si vede opporre, quella *libertà* dimagra e perde valore.

4.° Il giudizio di fallimento, o di cessione di beni, e il concorso universale impedisce al creditore ipotecario l'esercizio dell'azione ipotecaria.

5.° Anche nel giudizio di concorso particolare, quando il pegno è divenuto comune, con quei metodi e discipline che sono prescritti nella varietà delle procedure, e che vedremo a suo luogo, l'azione ipotecaria è ridotta al silenzio; e il creditore non

Digitized by Google

può fare altra cosa che presentare i suoi titoli alla graduazione ond' esservi considerato nel rispettivo suo grado.

6.° Lo stesso effetto d' impedire l' esercizio singolare dell' azione ipotecaria è prodotto dal processo di purgazione volontaria, quando è giunta a un certo stadio, avvisato dalle leggi.

I quali impedimenti non offendono per se stessi il principio d' individuità, essendo manifesto che ben diverso è il dire che l' azione ipotecaria non può esercitarsi nell' ordinaria sua forma, o in un certo tempo, e in un certo modo, dal dire che l' obbietto materiale della Ipoteca sia divisibile. Ma siffatto impaccio, che sostiene il creditore nella singolarità del suo esercizio, desta quistioni che benissimo importano alla *individuità* obbiettiva, quando esistano altri beni ipotecati; e si voglia conoscere se e quando il creditore possa perseguirli. Quella specie di paralisi che soffre l' azione ipotecaria dei singoli quando il bene ipotecato a più creditori è spinto sotto la mano del giudice, onde ministri ai diritti dei competitori che vanno a realizzarsi nel prezzo, la debita ragione; quella impotenza da cui è colpita l' attività particolare innanzi a un movimento comune, è una delle fasi delle associazioni giuridiche, in cui, in un certo momento, havvi un punto d' unione che confonde gl' interessi e li subordina a una decisione generale. Ma supposto che ci siano altri beni soggetti alla sua Ipoteca, ed estranei al concorso, potrà il creditore valersi dei suoi diritti contro quelli, e nello stesso tempo concorrere sul prezzo da graduarsi? Nessun dubbio, quando la condizione giudiziaria del creditore sia meramente passiva. Si sono veduti spesso concorsi contemporanei, aperti avanti più tribunali indipendenti, anche in provincie diverse, in cui gli stessi creditori, colle stesse ragioni di credito, intervenivano, senza ostacolo o contradizione. Se non che i buoni magistrati, che ne sono avvertiti, sogliono governare le loro sentenze con prudenti cautele, onde il pagamento si faccia una volta sola (*a*). Maggiore difficoltà potrebbe

(*a*) Decisione della Corte d' appello di Chambery 3 Marzo 1856. « attendu que la prèsentation dans une instance d' ordre, ouverte pour » la distribution du prix de partie des biens hypotèquès, et l' acceptation du mandat de collocation, delivrè dans cet ordre, *n' emportent*

Digitized by Google

nascere nell'altro caso che il creditore, invitato in un giudizio di graduazione, e già prodotti i suoi titoli nel concorso, si facesse nonostante a promuovere la sua azione ipotecaria sopra altri beni a suo favore ipotecati, ed esistenti in mano di terzi. Ed io porto opinione che quando il terzo possessore potesse venir dimostrando con una probabilità assai vicina che il creditore è per essere soddisfatto col prezzo concursuale, potesse liberarsi da quell'attacco, almeno fintantochè la speranza fosse svanita. Questa è la eccezione *di non escussione* di beni soggetti alla stessa Ipoteca, ritenuti dal debitor principale, che compete al terzo possessore secondo l'articolo 2170 del Codice francese. Quel prezzo che si distribuisce, e che è presto ad estinguere le ipoteche del fondo, è sostanza del comun debitore (*a*). Ma se il creditore, benchè abbia insinuato i suoi titoli nel concorso, non abbia una certa probabilità di ottenere soddisfacimento sul prezzo, perchè non potrà valersi delle sue azioni onde più sollecitamente e sicuramente conseguirlo sugli altri beni battuti dalla stessa ipoteca? Nel giudizio concursuale egli è passivo, condottovi dall'interesse altrui; nè gli può essere imputata la produzione de' suoi titoli e la richiesta di pagamento: cautela che gli è imposta dalla prudenza, e qualche volta da una certa necessità della sua posizione giuridica, qualora debba rispondere delle diligenze ad altri suoi obbligati. Spinto dalla corrente dei creditori, egli ha fatto un passo verso il pagamento; il suo diritto, è per così dire, uscito dall'involucro, e si è messo in moto. Contuttociò non ha conseguito nulla, e la sua azione ancor vive. È conseguenza della individuità ipotecaria quella di colpir molte cose ad un tratto; eccettochè, in veste di attore, il creditore non abbia aperto un

---

» *point, de la part du creancier, renunciation à ses droits sur les autres im-* » *mobles, soumis a son hypotèque* . . . . » e ferma — *che il creditore che ottenne un mandato di pagamento in un precedente giudizio d'ordine non decade dal diritto di presentarsi, e farsi collocare nei posteriori giudizi aperti contro il suo debitore sino ad ottenere l'effettivo pagamento del suo credito.*

(*a*) Perchè o il fondo fu realmente oppignorato in mano al debitore; o rilasciato dal terzo possessore, ritornò al debitore alienante. È sempre il debitore che vende col ministero del giudice.

Digitized by Google

giudizio contro una cosa determinata, nel qual caso sarebbe legato dalla stessa sua scelta ad esaurirlo prima di percuotere altri beni ed altri possessi.

§. LXXIX.

Della eccezione tolta dalla L. 1. §. ult. C. comm. de legat.

1. Giustiniano pose ordinamento in quella sua costituzione che i legatarî, a cui accordava ipoteca legale per la conservazione dei loro diritti sopra i beni ereditarî, non potessero percuotere gli eredi che dentro i limiti dell'azione personale, e in proporzione della loro virile; mostrando con questo che la ipoteca dei legatarî, per lo spirito della istituzione, non avea altro scopo che d'impedire l'alienazione dei beni ereditarî in pregiudizio loro. Fu questa una concessione e una novità (che pur sembrava la convinzione del legislatore (*a*)), o piuttosto una restrizione della legge antica? La quale col beneficio della *separazione* aveva provveduto sì all'interesse dei creditori che a quello dei legatarî (*b*); e inoltre aveva accordata la Ipoteca (*c*). Il vero merito di Giustiniano è di avere semplificata la giurisprudenza dei legati, tanto tribolata dalla difficoltà dei nomi, e dalla incomposta varietà delle azioni (*d*).

2. In generale i nostri Codici hanno conservato quella bella istituzione della *separazione* dei beni ereditarî da quella degli eredi a profitto dei creditori del defunto e dei legatarî (*e*). Ma nelle esigenze del nuovo sistema, il beneficio o sarebbe inutile o

---

(*a*) Inst. de legat. §. 2.

(*b*) L. 6. D. de separat.

(*c*) Legatarios autem in ea parte quae de bonis servari potuit, *habere pignoris causam convenit* — Papin. L. XII. Respons. L. 4. §. 1. D. de separat.

(*d*) Inextricabiles circuitus. L. 1. C. comm. de legat.

(*e*) Fin dove e quanto, lo vedremo a suo luogo.

Digitized by Google

dannoso al principio della pubblicità, non assicurato dalla Ipoteca (*a*). Giacchè l'erede potrebbe alienare sul tratto senza dar tempo di far gli atti di separazione; o verrebbe offesa la buona fede dei terzi, che non trovando accesa veruna ipoteca, acquistarono. Ma noi dobbiamo astenerci da una discussione che occupa un luogo importante nella materia dei Privilegî. Ci basterà dunque il dire, in tema generale, che la Ipoteca legale, se e dove e come si accorda dai codici nostri ai legatarî, *toglie di mezzo ed annulla il disposto della L.* 1. §. *ult. Cod. Com. de legat. et fideicom.* L'azione reale che in virtù di quella Ipoteca compete ai legatarî non può essere paziente del limite antico, e di una divisione che guasterebbe la sua natura d'individua, e ne formerebbe una classe nuova e degradata, con manifesto discapito dell'armonia e della uniformità del sistema. Laonde i legatarî, forniti della Ipoteca legale, potranno percuotere i beni tutti della eredità, senza riguardo alle porzioni ereditarie, qualora la prestazione sia genericamente dovuta; e colla stessa forma solidale e collettiva, come avviene di ogni altro bene ipotecato, potranno perseguitare la specie legata, s'essa sia immobiliare. Pare insomma che la Ipoteca *anomala* dei legatarî, come rimedio antiquato, e colpito da una deroga inevitabile, abbia finito di vivere (*b*).

(*a*) È noto che per la legge 29. D. de pignor. la ipoteca dei creditori ereditarî non colpisce i beni degli eredi, ma gli ereditarî soltanto. Troplong ne dà un cenno brevissimo al N. 390. Ma la sede di quella ricerca non appartiene al tema della *individuità ipotecaria;* ma piuttosto a quello della *materia obbiettiva* della Ipoteca.

(*b*) Egregiamente il Giovanardi nella Diss. V. Quanto si dice in questo §. dev'esser ricevuto colle maggiori riserve, richiedendo illustrazioni e svolgimenti non pochi, come ho già avvisato superiormente, e ripeto.

Digitized by Google

§. LXXX.

Teoria della individuità ipotecaria.

1. L'osservazione produce la teoria, in ogni ordine di scienze. È perciò che siamo venuti in questo capitolo esaminando i portamenti della Ipoteca, in quanto si dice esser *individua*, per vedere se la è veramente, e come e quanto sia tale. In una parola per mettere a piè del fatto la teoria, che tanto vale quanto vi corrisponda.

2. *Indivisibile* ha per termine opposto la *divisibilità*; *individuo*, *la divisione*. Idee amendue negative, l'*indivisibile* esclude l'abito e la potenza della divisione; l'*individuo* n'esclude semplicemente il fatto. Quella è concetto assoluto, perchè l'*indivisibile* non può mai dividersi; questa è relativo perchè l'*individuo* può anche talvolta dividersi. L'Ipoteca è d'indole *individua*; non *indivisibile* (*a*).

3. L'*indivisibile* è sempre *individuo*; ma non sempre l'*individuo* è *indivisibile*. L'indivisibilità è di essenza; l'*individuità* è semplicemente un attributo e una qualità. Tal è la natura dell'*Indivisibile* che, negando absolute et perpetuo, non ammette nell'esser suo gradazioni, o distinzioni. La natura dell'Individuo si direbbe più pieghevole e molle, perchè non escludendo necessariamente e sempre la divisione, si genera eziandio da cause varie e diverse, facilmente classificabili. Perciò, come la nostra investigazione è *obbiettiva*, rivolta cioè alla considerazione dell'*obbietto* della obbligazione, come or ora faremo aperto, teniamo accettabile l'antica dottrina italiana, che l'Individuo giuridico volle distinto in tre categorie — *Individuo di natura* — *per disposizione di legge* — *per cautela o provvisione dell'uomo.* — Il primo è quello stesso che diciamo *Indivisibile o individuo per essenza:* in quanto l'obbietto della obbligazione è indivisibile per naturale resistenza:

(*a*) Perciò la locuzione adottata dal regolamento Pontificio, è assai più corretta di quella che usò il codice francese, imitato da molti altri (Tit. I. Cap. I. in princ.).

Digitized by Google

v. gr. una servitù di via (§. LXXIII. N. 1.) (*a*). *Individuo per disposizione di legge*, è per se stesso divisibile, come una quantità (*b*), tuttavia senza la prestazione del solido non sarebbe pienamente soddisfatto al voto della legge; o alle esigenze dello stipulato (*c*). Alla terza classe appartengono le infinite forme di contratti onde gli uomini provvedono al proprio interesse stipulando e promettendo prestazioni solidali, per quanto siano divisibili per natura o per legge (§. LXXXI.).

4. L'*Individuo* o non soffre divisione (e allora si confonde coll'*indivisibile* (N. 2.); oppure ne riceve una incongrua, difforme, e contraria alla sua indole e alle sue tendenze, di maniera che diviso si corrompe e si snatura. Perciò, dalle conseguenze salendo al principio, e da quelle argomentando, allorchè vien fatto di vedere, che una cosa non può dividersi senza nuocere all'interesse del creditore (*d*), e qualche altro danno e inconveniente ne risulti, noi diciamo, questo è un andar contro natura (*e*); un forzarne le leggi, quasi come chi strappasse le penne a un animal vivo; allora *noi dividiamo ciò che è destinato a non esser diviso* (*f*).

5. Generalmente la dottrina della Individuità si toglie dalla *obbligazione* in quanto essa stessa sia divisibile o indivisibile; se non

---

(*a*) Alla L. 2. §. et harum. Dig. de v. obl. agg. la L. 1. §. si usufr. e 7.ª D. ad l. falcid. la L. viae. D. de servit. la L. non amplius 26. D. de legat. et fideicom. 1.° in fin.

(*b*) L. 2. §. 1. D. de verb. obl.

(*c*) d. L. 2. Agg. la L. in exemtionem 25. §. pro parte D. eod.

(*d*) Per es. quoties pars non affert tantam utilitatem in parte, quantam totum in toto — una delle antiche nostre regole — Natta. Ripa de divid.

(*e*) È palese che noi parliamo di *natura giuridica*. Nel qual senso parlano i nostri codici. — Tit. I. in princ.

(*f*) Bart. in l. stipulat. non divid. D. de V. O. — Paris apud Ripam Par. 2. N. 261. Natta Cons. 479. N. 23. vers. Individuum — Ripa de div. et indiv. Qu. 1. e 3. Oddo de restit. in integr. Q. 46. art. 6. N. 15. Medic. tract. de reg. jur. Rub. N. 60. Dumoulin. de extric. labyr. divid. et individ.

Digitized by Google

che questo carattere della obbligazione si fa dipendere *dall' oggetto* (*a*). A parlar chiaro, ciò che del divisibile o indivisibile si afferma, non concerne la obbligazione; ma *i modi del soddisfacimento*. Perciò quegli antichi che sapevano dire ogni cosa con una precisione di linguaggio al tutto inimitabile, non dissero divisibili in generale le obbligazioni, ma sì le *stipulazioni* (§. LXXIII.). I francesi adottarono quel falso concetto che trovò pronti seguaci (*b*). È chiaro che se la cosa che è l' oggetto della obbligazione è naturalmente indivisibile, ovvero la legge, o la convenzione provegga che non si eseguisca per parti la obbligazione, questa non potrà essere soddisfatta se non colla prestazione dell' intero.

6. L' *individuità* ipotecaria appartiene alla seconda categoria (N. 3. sopra): e *nasce da disposizione di legge*. La quale nozione risponde così esattamente al vero da rendere inutile ogni altra teoria (*c*). Non l' obbligazione, non il pegno sono indivisibili: ma la sicurezza del creditore, e l' interesse generale del Credito esigono che il pegno non si divida e non si spezzi in mano al creditore che lo afferra per esserne soddisfatto. È semplicemente una regola del gius positivo che imprime alla istituzione un carattere suo proprio in relazione e in proporzione al finale suo scopo. L' individuità è *una proprietà dell' Ipoteca:* è forse quello che si può dire di meglio. Potrebbe rinegarsi dal legislatore, come può essere modificata dalla convenzione, perciò non è *essenziale* od *assoluta;* ma la *relazione* del mezzo col fine sarebbe imperfetta, tornerebbe insufficiente, come si disordina nella sua funzione una macchina se tutti gl' ingegni mediatori non corrispondono.

(*a*) Art. 1217. Cod Nap. « L' obbligazione è divisibile o indivisibile » secondo ch' essa *ha per oggetto una cosa che nella sua tradizione, o un* » *fatto che nella sua esecuzione è o no suscettibile di divisione materiale o in-* » *tellettuale* ».

(*b*) *Codice delle Due Sicilie* art. 1170. — *Sardo* art. 1307. — *Estense* 1270. — *Parmense* 1194. E non pochi commentatori del Codice Civile.

(*c*) Come quella che discerne gl' Individui *ex contractu*, *ex obligatione*, *ex solutione*. Dumoulin tolse questa teorica dal Parisio e dal Ripa. Ci manda anche questa in ragionamenti sottili; ma astratti di soverchio; nè il metodo è tale che non si potesse combattere e ridurre al nulla.

Digitized by Google

§. LXXXI.

Della solidarietà convenzionale.

1. La *solidarietà* (passiva) suppone una pluralità di debitori, e riguarda il *loro modo di operare* all' effetto di soddisfare all' obbligazione. La prestazione unica del fatto *indivisibile* non è propriamente causata dal principio di solidarietà; poichè, quantunque la pluralità dei debitori non fosse costretta dal vincolo convenzionale a dare l' intero, vi sarebbe costretta dalla natura delle cose che non permetterebbe un modo di prestazione diverso. Perciò il Codice delle Due Sicilie art. 1172., in relazione all' art. 1219. del Codice Francese — *la solidarietà stipulata non imprime alla obbligazione il carattere d' indivisibilità* (Cod. Sardo art. 1309. Estense 1272). Parma — *L' obbligazione non acquista il carattere d' indivisibilità, quantunque sia stipulata in solido.* Art. 1196. La solidarietà è *artificiale*, nasce per virtù di patto che forma legge fra' contraenti (*a*): la *indivisibilità*, l' abbiam detto più volte, è *naturale*. Se tutti insieme dovete darmi un cavallo, non importa mica sapere se siate obbligati in solido per concludere che io non sono soddisfatto con brani e squarci di un cadavere di cavallo; voi dovete darmene uno vivo; e talvolta un cavallo determinato (*b*). La *solidarietà* è concetto ben diverso dalla Individuità.

(*a*) Oppure da una situazione giuridica che fa, a questo effetto, le veci della stipulazione. Non si dice impropriamente che gli eredi sono *solidari* del debito, non in quanto siano eredi, ma in quanto posseggono la sostanza ipotecata; ed in quanto, o devono soddisfare il debito intero, o rilasciarla.

(*b*) A quella scuola che nega l' esistenza della indivisibilità obbiettiva, attesochè ogni obbligazione del fatto si può *risolvere nei danni* (Toullier) si risponde che ciò non è sempre vero, perchè talvolta si ha diritto alla consegna di una cosa determinata. Per esempio nel legato di vindicazione compete al legatario contro l' erede, *tanto l' azione in rem*, come proprietario della cosa legata, quanto l' azione personale ex testamento. Pothier ad L. 76. §. 8. D. de legat. et fideic. 2.°

Digitized by Google

2. La *solidarietà personale* può produrre la *reale*, quando, per esempio, due o più, solidariamente obbligandosi, danno in Ipoteca dei fondi di loro proprietà, i quali, non esistendo il patto solidale, non sarebbero obbligati che in proporzione del dominio che vi hanno rispettivamente gli autori della Ipoteca. E perciò, come si è detto, non concerne propriamente la quistione della individuità: non vi ha nulla di *naturale* nei patti, ma tutto vi è accidentale e contingente. Questo vincolo però, dov'esiste, togliendo via gli ostacoli che contro la universalità della Ipoteca si elevano dalla diversità dei dominî, mette le cose al punto in cui sarebbero se tutti quei beni appartenessero ad un solo. Ne segue che il creditore ipotecario può colpirli tutti e ciascuno indifferentemente; sicchè la individuità della Ipoteca acquista un maggior campo di azione: concetto che può estendersi indefinitamente col moltiplicarsi di siffatti vincoli ed obbligazioni.

Digitized by Google

CAPO III.

L' ANTICRESI

Diritto Romano

L. 11. §. 1. *D. de pign. et hypot. L.* 23. *D. de pign. act. L.* 6. *C. quod cum eo qui in al. LL.* 14. 16. 17. 23. *C. de usur. Cap. I. extr. de usur.*

Codice Francese — Art. 2085. 2086. 2087.
Codice delle Due Sicilie — Art. 1955. 1956. 1957.
Codice di Sardegna — Art. 2139. 2140. 2141.
Codice Estense — Art. 2063. 2064. 2065. 2066.
Codice di Parma — Art. 2090. 2091. 2092.

§. LXXXII. — *Nozione dell' Anticresi.*
§. LXXXIII. — *Limitazioni e proibizioni.*
§. LXXXIV. — *Proibizione del Codice Austriaco.*
§. LXXXV. — *L' anticresi e il sistema ipotecario. Transizione.*

§. LXXXII.

Nozione dell' Anticresi.

1. *Sua natura particolare.*

È questo dell' *Anticresi* un genere medio che, incombendo sull' immobile, e non versando propriamente che in cosa mobile, può dirsi una varietà nella famiglia del Pegno. Non è pegno *dell' immobile*, avvegnachè considerato come fonte e causa del frutto non è percosso dall' anticresi, che solo *sul frutto dell' immobile* esercita la sua potenza. Non è pegno di cosa mobile, perchè codesto appellativo è dato a quell' individuo che si trasporta da luogo

Digitized by Google

a luogo, o vada colle proprie gambe, come il semovente, o l'uomo vi comunichi il moto. Laddove per l'anticresi si ha il possesso di un fondo, e il diritto di raccoglierne e goderne i frutti, prima ancora che questi frutti siano staccati dal suolo, e siano classificati fra le cose mobili. Veramente adunque l'anticresi è distinta dal pegno quanto *all' obbietto materiale* (*a*). Distinta è nel modo e negli effetti del possedere, perchè il pegno del mobile è sterile al pignoratario, che lo tiene in mano semplicemente a sicurtà del suo credito; imbarazzato talvolta dal suo stesso possesso che gl'impone non poche responsabilità. L'anticresi è feconda di risultati utili al creditore, di vantaggi, e di godimenti. Finalmente non si trova che l'anticresista abbia l'azione del pegno, ma solo gli compete l'eccezione (ritenzione) a difesa del suo possesso (*b*). E tuttavia l'azione *pignoratizia* è concessa al debitore, per ricevere la cosa, quando ha pagato il debito (*c*).

2. Tutto ciò non definisce la nozione dell'anticresi, ma solo ne discerne la forma eccezionale. Genericamente è *pegno* perchè attribuisce al creditore una facoltà reale, quella cioè di ritenere la cosa sino al pagamento (*d*); ma il carattere pignoratizio sembra *piuttosto accessorio che principale*, contro ciò che comunemente si crede. Lo scopo vero e diretto dell'anticresi è una comoda e sicura percezione delle usure mediante il possesso del fondo (*e*); la condizione del pegno vi è inerente, ed entra per certo fra le ragioni del consenso, ma come una conseguenza, e come mezzo acconcio all'adempimento della convenzione, allettata da quella specie di sicurezza che il creditore è persuaso di trovare adagiandosi nel possesso. Propriamente diverse nature di contratti

---

(*a*) Aliud est pignus, aliud hypoteca, aliud fiducia, aliud *anticrisis*; et omnia tamen sunt pignora. Cujac. ad Lib. V. de feudis.

(*b*) Marciano — eousque *retinet* possessionem pignoris loco donec illi pecunia solvatur — Lib. singul. ad formul. hypotecar. Fr. 11. de pign.

(*c*) L. 33. D. de pign. act.

(*d*) Cujac. Observat. Lib. III. Cap. XXXV. in princ.

(*e*) Conventio Antichresis interponitur *propter usuras*, ut scilicet fructus in usuras percipiantur — Donell. in Cod. ad L. 17. de usur.

Digitized by Google

si uniscono a formare l'anticresi: *il mutuo — la locazione — il pegno*; ma il concetto dei contraenti non le distingue, e chi volesse portare di questa combinazione giudizio retto, non lo potrebbe che con una relazione complessiva.

3. *Anticresi espressa e tacita.*

I romani ponevano differenza grandissima fra l'anticresi *espressa e la tacita*. La prima era lecita in ogni modo. Lo scoglio di questa forma è evidentemente quello di cadere nell'usura illecita. Il frutto del pegno poteva di leggieri ecceder quello che si poteva tenere con giustizia rispondere agl'interessi del denaro. La legge romana girò, a così dire, lo scoglio per non urtarvi. Si posò allora sull'elemento della locazione, considerò la incerta ragione dei prezzi delle cose (incerta pretii ratio) (*a*), e disse che doveva fingersi *vilius* locato il podere o la casa (*b*): sicchè deprimendo il valore dell'uso o della fruizione, serbava l'equilibrio nella prestazione dell'usura. Interpretazione di buona fede per sostenere la inviolabilità dei contratti. Era nella natura dell'anticresi la facoltà di sullocare, malgrado il patto contrario, secondo Cujacio (*c*); ma se dal subaffitto si ricavasse per avventura una mercede non proporzionata alla onesta misura dell'interesse pecuniario, l'eccesso doveva imputarsi a sconto di capitale. Ma è notevole, stando sempre all'autorità gravissima del Cujacio, che il creditore doveva patire questo effetto allora solo ch'ei sullocasse contro la legge del patto, quasi in pena della trasgressione. Del resto se, abitando egli la casa, o godendo il podere, uscissero prove per le quali il valore dell'uso e del godimento si trovasse avanzare la stima attribuitavi dai contraenti, era nulla; e si manteneva la regola d'interpretazione, che lo stabile avesse voluto locarsi a minor prezzo.

Contratta dicevasi *tacitamente* l'anticresi colla semplice consegna del fondo fruttifero *loco pignoris*, senza parlare nè di frutti nè di usure. Allora succedeva che le usure erano bensì dovute,

---

(*a*) L. 23. Cod. de usur.

(*b*) LL. 14. 16. 17. Cod. de usur.

(*c*) Lib. IV. in Cod. tit. de usur. ad L. 14.

Digitized by Google

e in luogo delle usure i frutti, ma entro i limiti dell'interesse legittimo, ricadendo l'eccesso a diminuire la sorte; laddove l'anticresi *espressa* faceva lecita ogni misura (*a*).

§. LXXXIII.

Limitazioni e proibizioni.

1. Propriamente per sè il frutto del pegno era vietato; e percetto, diminuiva la sorte (*b*). Era dunque il Patto che sosteneva di tutta la sua forza la legittimità, al tutto convenzionale, della percezione. L'*anticresi è il patto;* comecchè siasi per noi avvertito colla dottrina di Cujacio (§. LXXXII.) che il fatto semplice della tradizione supponesse l'anticresi, *ed era il patto tacito.* Quel versar dunque in capitale che facevano i frutti naturali percetti dal creditore, secondo le indicate leggi, vuole intendersi quando *constasse che il prestito* era *convenzionalmente gratuito.*

2. La legge si porgeva a sciogliere i nodi di un contratto di cui non parve tranquilla. Permetteva, e pare in *qualunque tempo* (*c*), *la offerta della sorte* (*d*), e il debitore usciva di travaglio, e col possesso del creditore le usure cessavano (*e*).

(*a*) Cujac. ad d. L. — E alla L. 1. 2. e 3. C. de pign. act. — Dices quid prodest *nominatim* pacisci antichrisin, *si tacite* videtur pacta? Ut scilicet fructus capiantur vice usurarum, *etiam supra modum* quae pactio admittitur propter incertum fructuum eventum. È in diversa sentenza il Donello in L. 17. c. de usur. che tiene non potessero mai le usure eccedere la misura legittima citando la L. 1. §. 3. de pign. E forse non ha torto qualora la sproporzione fosse evidentissima ed eccessiva; nel qual caso si cadeva sotto la censura di altri principii di diritto.

(*b*) L. 1. 2. ed ult. C. de pigner. act. L. 1. C. di distract. pign.

(*c*) Così dispongono i cinque Codici negli articoli citati.

(*d*) L. 11. Cod. de usur.

(*e*) Donello in L. 17. Cod. de usur. ritiene che non bastasse l'*oblatio* senza *l'obsignatio et depositio pecuniae* citando la L. creditor de pign. la L. si prius de distract. pign. la L. ult. de luit. pign. Parve discordare il Cujacio — Antichrisis perimitur *nuda oblatione* sortis, usurae non item. In Nov. XXXII.

Digitized by Google

3. Giustiniano, tentando di sollevare l'agricoltura oppressa da monopolisti ed usurai, proibì che coloro che avevano prestato all'agricoltore potessero saziarsi delle usure col frutto delle terre (*a*), spopolando i campi dei legittimi e interessati coltivatori.

4. Il diritto Canonico, collocando il titolo *de usuris* (*b*) accanto a quello *de furtis* (*c*) fulminò nel Cap. I. l'anticresi, sentenziando che ogni frutto percetto dall'anticresista si portasse in capitale. Più casi furono eccettuati. Se il signore gode i frutti del pegno cedutogli dal vassallo, non è tenuto imputare i frutti in sorte, semprechè non esiga da lui il servigio personale a cui è obbligato (*d*). 2.° caso. Bene raccoglie e gode i frutti il marito a cui il suocero, che non numerò la dote, consegnò il fondo a questo fine (*e*). 3.° Se i frutti del pegno stiano in equitativa proporzione colla quantità degl'interessi legittimi (*f*). Interessi legittimi sono quelli che discendono dalla natura fruttifera del titolo, o sono artificialmente stabiliti colla così detta interpellazione dei requisiti castrensi.

§. LXXXIV.

Proibizione del Codice Austriaco.

« Non ha alcun effetto legale il patto accessorio per il quale spettar debba al creditore l'usufrutto della cosa data in pegno (*g*) ». Quella istituzione non è niente benemerita nè dell'agricoltura,

---

(*a*) Novel. 32.

(*b*) XIX. Decret. Lib. V.

(*c*) Tit. XVIII. eod. Cap. 7. de jurejur. c. 1. 2. 8. de usur.

(*d*) Cap. 49. de feudis et ib. Cujac.

(*e*) Cap. 16. de usuris.

(*f*) Reinfestnel. in Lib. V. Decret. T. 19. §. 7. N. 110.

(*g*) La Patente sull'usura (§. 9.) dichiarava punibile un tal patto allora solo che eccedesse la misura degl'interessi convenzionali. Ellinger. Man. ma il codice non ammette limitazioni al divieto. Decret. Aulic. 24 Dec. 1816. — Decis. 17 Marzo 1846 : terza istanza. — Gior. di Giurispr. pratica di Venezia 1846. N. 13.

Digitized by Google

nè del commercio, nè del credito in generale, ed è imbarazzante nel sistema; e nessuno deplori questa recisa condanna del codice austriaco. Il pontificio, e il toscano, tacendo, si riportano al diritto comune. È osservabile che la proibizione del codice austriaco è *assoluta:* giusta la legge canonica, è *relativa.* Io ne ho vedute spesso delle anticresi ch'ebbero dai tribunali pontificî esecuzione incontrastata; concorrendo le suesposte condizioni (§. LXXXIV.) (*a*).

§. LXXXV.

L'anticresi e il sistema ipotecario. Transizione.

1. I nostri Codici nei luoghi indicati (nel principio di questo Capo III.) accettano l'anticresi come contratto di buona ragione. Tolte le incertezze dell'antico diritto (§. LXXXII. N. 3.) impongono al creditore d'imputare i frutti percetti negl'interessi legittimi. La legittimità è lasciata alla onestà della convenzione; ma il Codice Sardo ne determinò saviamente la misura col rigore della *tassa legale.* Art. 2139. N. 2.

2. Il pegno anticretico ha il suo effetto colla *ritenzione* (*b*). La sua è, per dir così, una forza d'inerzia: non fa che resistere al nuovo occupatore del fondo, sotto l'ombra di quel principio che si dà ritenzione anche a coloro stessi che non hanno ipoteca (*c*). Difatti il creditore anticretico non trova luogo nè fra gl'ipotecari nè fra i privilegiati: il legislatore sembra averlo dimenticato. Esso adunque ha una situazione, se si consideri di fronte a un chirografario; è in possesso, è quindi il più forte. Ma in faccia ai privilegiati o agl'ipotecari la sua inferiorità è palese. Non può gareggiare con loro, perchè il suo diritto non è sull'immobile, ma sui frutti dell'immobile. È però da vedersi se il patto possa limitare

---

(*a*) V. la Decis. Rot. Ferrarien. reintegrat. 9 Martii 1818. §. 18.

(*b*) Vedi i cinque Codici negli articoli citati.

(*c*) Verum etiamsi hypoteca mihi non competat, retinere rem tamen possum, donec mihi solveris. Balduin. c. 13.

Digitized by Google

la sostanza sulla quale gl' ipotecari esercitano i loro diritti, sottraendo alla invasione della ipoteca quel cumulo di rendite che sono destinate al creditore anticretico. Questione che si congiunge con un' altra, cioè con quella dei fitti anticipati, che è una delle più scabrose, e strettamente appartiene alle materie *speciali*. Non può quindi aver luogo nella Parte *generale*. Ci basti averne dato alcun cenno nella nozione di questo pegno anomalo. Vedremo controversie funeste alla quiete degli acquirenti affaticare i tribunali e gli scrittori per conciliarle coi principî del sistema; uno dei peggiori vizî che i francesi ci tramandassero, e che non abbiamo saputo correggere (*a*).

(*a*) La difettosa compilazione dell' art. 2125. del Codice Francese — *quando sia data una cosa immobile si chiama anticresi* — fu emendata nel 2130. Ordinariamente gli annotatori non avvertirono il difetto del 2125. che fu osservato dal Malleville Tom. XI. Cap. II. ma il punto giuridico non fu studiato; vi si passò troppo leggermente. Forse la varia giurisprudenza che correva in Francia sull' anticresi, influì nella legislazione nuova. Nei paesi di diritto scritto si seguiva la legge romana; il Parlamento di Parigi, paese di consuetudine, confondeva l' anticresi col pegno, imputando i frutti in capitale, eziandio nei casi in cui il titolo era legalmente fruttifero secondo il diritto romano, come nella dote, legittima ecc. Malleville.

Digitized by Google

CAPO IV.

DEI PATTI CONTRARÌ ALLA NATURA DEL PEGNO E DELLA IPOTECA

Diritto Romano
LL. 1. 2. 3. *C. de pactis pignor.*
Diritto Canonico
Cap. significante 7. de pignor.
Codice Francese — Art. 2078. 2088.
Codice delle Due Sicilie — Art. 1948. 1958.
Codice di Sardegna — Art. 2131. 2142.
Codice Estense — Art. 2067. 2078.
Codice di Parma — Art. 2093. 2104. (*a*).
Codice Austriaco — §§. 1371. 1372.

§. LXXXVI. — *Del patto della legge commissoria nel Pegno.*
§. LXXXVII. — *Questioni.*
I. *Giuramento.*
§. LXXXVIII. — II. *Causa dotale.*
§. LXXXIX. — *Quando il pegno è dato in pagamento a giusta stima.*
§. XC. — *Se sia lecito al pignorante pentirsi prima che segua la stima.*
§. XCI. — *Modificazioni che i principî del diritto comune accennati nei tre §§. precedenti hanno ricevuto nelle moderne legislazioni.*

(*a*) Nè il regolamento pontificio, nè le leggi civili del Gran-Ducato recando disposizioni relative, convien tenere applicabili a quegli Stati le regole del diritto comune, colle restrizioni indotte dalle rispettive leggi del processo civile.

Digitized by Google

§. XCII. — *Del patto stipulato a favore del creditore di non alienare il fondo ipotecato; e della L. 7. §. ult. D. de distract. pign.*

§. XCIII. — *Del sistema francese, e del* §. 1371. *del Codice Austriaco.*

§. XCIV. — *Del patto di non redimere il pegno.*

§. XCV. — *Della promessa fatta dal creditore di non vendere il pegno.*

§. XCVI. — *Del patto di alienare il pegno privatamente e senza la osservanza delle formalità prescritte.*

§. XCVII. — *Tutto ciò che del Pegno si afferma nel presente Capo IV. è applicabile alla Ipoteca.*

§. LXXXVI.

Del patto e della legge commissoria nel Pegno.

1. Ciò che si afferma o si nega della natura di una cosa (che è il suo modo di essere) serve ugualmente a dimostrarla. La ripugnanza che ha il patto della così detta legge commissoria di combinarsi col Pegno, segna fra esso e il contratto di vendita una linea di separazione molto bene distinta.

Contuttociò il soggetto tende a complicarsi nella pratica, malgrado la legge di Costantino che con parole accese di sdegno vituperò quel patto, e ne coprì d'obbrobrio sin la memoria (*a*). Ma gl'ingegni sono fecondi; i casi infiniti; e sin dalle ceneri delle cose che parean distrutte, sorgon quistioni.

2. Il patto della legge commissoria è naturale alla vendita. *Se non pagherai il prezzo nel termine prefisso la cosa si abbia per invenduta.* Il dominio nonostante è trasferito; ma *suspensive*, come dicono; e, quando ritorna, è come non fosse mai partito dal compratore, che si finge averlo sempre ritenuto. Questo è il *vero* patto della legge commissoria, annunciato *verbis directis*, che per il fatto

---

(*a*) Quoniam inter alias captiones, precipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam, et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. L. ult. C. de pact. pign.

Digitized by Google

negativo del compratore risolve *ipso jure* la vendita, come se mai non fosse esistita.

Un altro patto che chiamano affine o somigliante *(simile)* che si manifesta con parole indirette ed oblique, ha parimenti l'effetto di sciogliere la vendita; ma esprime più presto il concetto di *ritorno* che quello d'*inesistenza* (*a*). È il patto della legge commissoria conosciuto col nome d'*improprio*.

3. Il patto, *conservatore* nella vendita, diventa *novatore* nel pegno; l'uno mantiene lo *statu quo* del dominio, l'altro tende a mutarlo. Contuttociò a dissimile scopo non mancò la imitazione dei mezzi. Anche il Pegno ebbe il suo patto *proprio, ed improprio* — se il debitore non pagherà nel termine convenuto *la cosa data in pegno diventi sua, o s'intenda a lui venduta, o datagli in pagamento pel suo credito, oppure egli ne faccia il piacer suo*, son tutte formule *dirette*, e provanti nella intenzione delle parti, che il pegno deve trasferirsi in virtù dello stesso patto, e senza intervento o fatto dell'uomo, in dominio del creditore. Se invece, passato il termine, *il debitore darà, o la cosa sarà data, al creditore in pagamento del suo credito*, il patto è *improprio;* significa cioè che a trasferire la cosa si richiede un fatto del debitore che si presti ad adempiere la convenzione. I civilisti travidero un principio di legittimità nel primo patto, almeno all'effetto di ritenere il pegno, e di togliere al debitore il diritto d'offerta (*b*). Ma a nessuno dei due perdonarono i canonisti (*c*); malgrado il più aperto consentimento del debitore, e le più sfolgorate rinuncie (*d*), e in qualunque contratto, non fosse pure di mutuo.

(*a*) .... *res si inempta* .... dice il primo caso .... L. 1. e 3. D. de lege commiss.; *emptrix arrhas perderet et dominium ad te pertineret* ... dice il secondo. L. 1. e 3. C. de pact. inter empt.

(*b*) Negusant. de pign. P. 4. princip.

(*c*) Cap. significante 7. de pignor. Surd. Dec. 248. Rota Dec. 422. P. 4. Recent. Faber de error. pragm. Dec. 21. e tutti i canonisti al Cap. 7. d. — Mantic. de tacit. Lib. 11. T. 9. per tot.

(*d*) Honded. cons. 31. Mantic. Lib. 11. Tit. 10. Surd. decis. 248. Donello de pignor. C. 11.

Digitized by Google

4. L'iniquità che si nasconde in questo patto, che ad ingordissima usura presta comodità e sicurezza, micidiale istrumento in mano a creditore senza coscienza (*a*), fu troppo giusto motivo di sua perpetua condanna.

5. Anzi sembra il motivo unico. Poichè quantunque un maestro di gran dottrina accennasse alla impossibilità giuridica che ha il pegno di trasformarsi in vendita, per la contraddizione di loro natura (*b*), a tale sentenza osta un testo preciso. Il quale pone essere legittimo il patto di acquistare, in nome di vendita, e a giusto prezzo il pegno, se in un termine prefisso non sia pagato il mutuo: nel qual caso *si ha una specie di vendita condizionale* (*c*). Propriamente non è il pegno che trapassi in vendita; ma il consenso di vendere interviene ed opera quell'effetto (*d*). Nè il possesso del pegno implica illegittimità, più di quello che facesse ostacolo all'acquisto il possesso di conduttore. Ne seguè che la cagion vera, onde il patto commissorio è proibito nel pegno, si è l'oppressione che l'onnipotente capitale esercita sul bisogno, che va sempre col cappello in mano a chieder mercede (*e*).

(*a*) Elegantemente il Voet ad Pand. Tit. de pign. N. 25.

(*b*) Ant. Faber de error. pragm. Dec. 21. err. 8.

(*c*) Hoc enim casu *videtur quodam modo conditionalis esse venditio*. L. si fundus 16. §. ult. D. de pignor.

(*d*) Optime il Fachineo confutando il Fabri. Controv. Lib. X. Cap. 73.

(*e*) Il patto commissorio non contemporaneo, ma costituito *ex intervallo*, fu tenuto valido da sommi giuristi; ma stimo migliore la opinione contraria, che è del Voet, del Zoesio, dello Struvio, del Fabro, e da ultimo del Carabelli che li ha citati §. XIX. Lo stesso frammento del Marciano. L. 45. D. de solut. che annulla il patto commissorio in fatto di dote, pone un caso di patto soggiunto *ex intervallo* secondo la buona opinione di qualche dottore.

Digitized by Google

§. LXXXVII.

Questioni

I. *Giuramento.*

1. Il patto della legge commissoria non si conferma col giuramento: è la opinione comune (*a*). E quando si aggiunse che *metu periurii*, il patto deve osservarsi (*b*), a togliere contraddizione, intendi, in *foro coscientiae*, per rispetto religioso; non agli estrinseci effetti del diritto civile. Può dunque domandarsene all'autorità ecclesiastica l'assoluzione; nè questa dovrà negarla.

E se il Fabri errò nella dimostrazione, affermando che la inefficacia del giuramento deriva dalla incompatibilità dei due contratti di vendita e di pegno, che da niun vincolo il più sacro possono essere congiunti, (§. LXXXVI. N. 5.) la sentenza fu giusta: bastava dire che il giuramento *non est vinculum iniquitatis.*

2. Che se alcuni dottori celebri andarono in opposto parere (*c*), non avremo dunque legge positiva che lo dichiari. Così è. Il Cap. significante non decide letteralmente la quistione. Un cittadino di Pisa si era obbligato con giuramento di restituire in un termine stabilito il denaro che aveva ricevuto a mutuo, a reluire una casa data in pegno, che altrimenti sarebbe venuta in proprietà del creditore. Il buon uomo mandò il denaro, ma il messo infedele rubò la somma, ed egli sostenuto in carcere, non potè rifare il pagamento. Il Pontefice (Innocenzo III.) con sapiente consiglio decretò, avere il pisano, per quanto era in lui, soddisfatto il giuramento: essere da scusarsi la impotenza che la prigionia non aveva smentita; e il patto improbo non giovare al creditore. La quistione del giuramento era tolta di mezzo col fatto dell'adempimento

---

(*a*) Abbas. Covarruvias, e tutti in generale i canonisti al Cap. significante. Surd. decis. 248.

(*b*) Bartol. in L. si quis D. de fidejuss. Negus. Part. IV. princip.

(*c*) Fachineo. Ondedei. Gaito. E lo scrittore della materia *Seraphin. priv.* 131.

Digitized by Google

morale: ma noi ne abbiamo posta una diversa: cioè se il debitore poteva o no esserne sciolto dalla iniquità stessa della convenzione.

§. LXXXVIII.

II. *Causa dotale.*

1.° È lecito in *causa dotale* il patto della legge commissoria nel pegno?

La quistione si aggira sopra un frammento di Marciano (L. 45. D. de solut.) il quale dice che, quantunque il marito abbia promesso alla moglie, che, sciolto il matrimonio, si darebbero in pagamento (in solutum) i predi ipotecati, nonostante bastava rispondere la quantità — *offerri quantitatem.*

Ragionando *a contrario sensu*, e rivolgendo le parole del testo, parve sorgere una eccezione alla generale proscrizione del patto commissorio nel pegno, da un esagerato favore della causa dotale (*a*). Il testo di Marciano tenne inutile il patto. Ma si opponeva, che, ove si trattasse di dote, non da restituirsi dal marito, ma da pagarsi al marito, e si fosse convenuto che non pagandosi la dote nel tempo destinato, il fondo ipotecato diventasse dotale, il patto sarebbe valido. Pensò Baldo Novello correre notevole divario fra il patto commissorio posto in un contratto dotale, e quello che negli altri contratti, giacchè la moglie o il suocero promittenti la dote non soffocano per bisogno di denaro, ma semplicemente stipulano una dilazione a pagarla. Inoltre il patto, dicesi, torna eziandio favorevole alla moglie, che infine rimane proprietaria del fondo; e in tal modo il patto commissorio *vertitur interesse alterius quam mariti:* il che lo rende lecito (*b*). Ommetto gli altri argomenti di minore importanza (*c*).

3. Le distinzioni sottili non hanno potuto consolidare questa opinione antiquata. Il pericolo della fraude e della usura, non

---

(*a*) Baldo novello Tract. dot. Cino post Par. ad Cod. de non num. pec.
(*b*) L. fin. in princ. D. de conth. empt.
(*c*) Che puoi vedere anche nella qu. 123 del Merlin. N. 13. Lib.

Digitized by Google

cessa perchè di vernice dotale si circondi il contratto. Già il legislatore dava luce di questo suo intendimento in quello stesso sciogliere che faceva il marito dalla obbligazione di cedere, come venduto, il fondo oppignorato, ammettendolo a liberarsi coll' offerta della somma (*a*). Quello che si chiama favore della dote abbraccia ogni sua operazione; o si tratti di restituirla o di consegnarla; riguardi le obbligazioni del marito o della moglie (*b*). Come dunque nel primo caso il patto della legge commissoria non vale, nel secondo non dee valere. Erra chi dice, essere interesse di terzi, onde così trovare appoggio nel L. ult. D. de conth. emptione. Questa legge si pronuncia a vantaggio del fidejussore la cui buona fede sarebbe stata tradita dal debitore che non avesse osservato il patto; ma il fidejussore non potrebbe essere accusato di avere stipulato un patto iniquo e soffocatorio: lui che solamente si prestava a cautelare la obbligazione del debitore. Ma il marito è il vero creditore della dote, che al collo tremante dello suocero, se non al roseo della consorte, può dolcemente stringere il laccio, dove lo ecciti il bisogno altrui, e non lo trattenga il pudore di sì inverecondo inizio conjugale (*c*). Nè la moralità del privilegio dotale conviene aiutare colla immoralità del patto abborrito (*d*).

(*a*) . . . *Satis est* offerre quantitatem. L. 45 supra.

(*b*) L. unic. C. de rei ux. act. Negusant. Par. IV. princ.

(*c*) Quel caro Negusanzio ne dà la ragione — Magis frequenter contingit quod mariti in dotibus habendis volunt habere utiliora pacta quam dare; difficilius enim reperiuntur mariti quam uxores, ut experiuntur et sciunt qui habent filias nubiles.

(*d*) La quistione che nasceva sul diritto di occupare il pegno di propria autorità, ha perduto importanza dopo le leggi di procedimento e civili e criminali, che ne fanno caso di nullità, e anche di delitto di violenza privata.

Digitized by Google

§. LXXXIX.

Quando il pegno è dato in pagamento a giusta stima.

1. Se il patto sia permesso quando si risolve *in dà in pagamento*, laddove si reputa nullo quando si risolve in appropriazione del pegno, è una povera quistione di parole. *La dazione in pagamento* è sempre lo scopo apparente della cessione del pegno; perciocchè nessun debitore professa di fare una largizione al suo creditore, ma tutti danno in pagamento del debito il pegno. Neppur è lecito argomentare che il *giusto prezzo* sia condizione implicita e sottintesa nella *datio in solutum*, più che lo sia nel patto semplice dell' appropriazione. Il difetto di pagamento è un concetto negativo che pugna logicamente con quello dell' acquisto che suppone qualità *positiva*, o di correspettivi dati o di diritti trasmessi. Acquistare perchè altri *non fa una cosa*, sotto specie di condizione, non è un assurdo giuridico (*a*): ma in faccia alla moralità e alla gelosìa, per così esprimermi, del principio morale, contiene un pericolo sì flagrante di delitto, che si proibisce, come si proibisce la delazione dell' arma sulla cui punta sta l'omicidio. Se vi ha massima che si governi colla verità del fatto, ella è questa. Era facile ai contraenti dire che la cosa sarebbe data in pagamento *a giusto prezzo*.

3. In questo caso valido è il patto (*b*). O sia espressamente dichiarato che la vendita s' intenda fatta a giusto grezzo; o siano eletti dei periti a verificarlo; o anche dicasi semplicemente che la cosa oppignorata s' intenda venduta (*c*); imperocchè dove non

---

(*a*) §. LXXXVI. N. 4.

(*b*) Mantic. de tacit. Lib. 11. T. 9. N. 13. Tit. 10. N. 19. Cyriac. controv. 393. N. 8. Negusant. P. 4. N. 6. Covarruv. Var. resolut. — Lib. 3. c. 2. N. 8. È aperto il testo di Marciano L. 16. §. ult. de pign.

(*c*) Fra il dire simpliciter la cosa *cederà in pagamento* — e il dire *sarà venduta per l' effetto del pagamento*, il divario è grandissimo; nel primo

Digitized by Google

si abbiano argomenti di fatto che mostrino che la vendita si vuol eseguita per il valsente del credito, si presume la risoluzione onesta di vendere a prezzo giusto ond' escludere il delitto (*a*).

4. *Il prezzo tassato dalle parti si presume giusto.* L' odio del patto commissorio attirò qualche opinione a dire che non si doveva prestar fede alle parti, cadute in sospetto per aver messa la mano in quella pece (*b*). Ma si doveva por mente che l' aver convenuto nel prezzo, in relazione al valore della cosa, e indipendentemente da quello del mutuo, collocava il contratto fra le vendite, nelle quali appunto le parti stesse tassano fra loro il prezzo, se non ne faccian capo a terzi, come ai periti. Resta sempre al venditore la facoltà di provarsi leso (*c*).

§. XC.

Se sia lecito al pignorante pentirsi prima che segua la stima.

Rispondo negativamente. Perfetta è la vendita fatta per un prezzo non ancora dichiarato, e quindi ignoto, ma che si riferisce a dei fatti prontamente e certamente verificabili (*d*). Perciò dicesi perfetta la vendita il cui prezzo è mandato all' altrui arbitrio: che non è la scienza, ma il mezzo della scienza dai contraenti prescelto (*e*). La vendita che il debitore pignorante fa al creditore

---

caso niun' altra operazione si richiede perchè il creditore se ne impadronisca; nel secondo caso, la dichiarazione di vendita suppone un prezzo da stabilirsi, e si estende a qualunque persona, anche fuori del creditore.

(*a*) Bart. ad L. quamvis de solut. Honded. cons. 31. N. 43. Merlin. de pign. q. 123.

(*b*) V. la celebre decisione 248. del Surdi, in cui sono dette tante cose buone, che questa cattiva gli può essere perdonata.

(*c*) Merlin. d. qu. 123. N. 78. Lib. IV.

(*d*) L. haec venditio D. de conth. empt. Vendo per quella somma che *in arca habeo* — nec enim incertum est, quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum sit.

(*e*) L. final. C. de conth. empt. Inst. de emptione et vend. §. pretium.

Digitized by Google

è condizionata, niuno ne dubita, perchè aspetta il compimento dal verificarsi della condizione; ma delle vendite condizionali non è lecito pentirsi (*a*). Poniamo che, non vendita, ma fosse un *contratto innominato*, ad ogni modo sarebbe irretrattabile (*b*). Allora solo cadrebbe il contratto e tornerebbe inutile quando la *persona certa e determinata* eletta ad arbitrare, ricusasse l'arbitrio, e non arbitrasse (*c*). Neppure è luogo a purgazione di mora; poichè non si tratta di una *pena* da evitare ma di una condizione da adempiere.

§. XCI.

Modificazioni che i principî del diritto comune accennati nei tre §§. precedenti hanno ricevuti nelle moderne legislazioni.

Bisogna convenire che le antiche quistioni sono state recise, almeno in gran parte, dagl'istituti moderni.

1. Non diremo *del giuramento* (§. LXXXVII. N. 1.) che non ammesso secondo i principî del diritto canonico, meno può ammettersi giusta le legislazioni civili dei cinque Stati nominati nell'ingresso di questo Capo IV. Improponibile eziandio, secondo quelle legislazioni, è l'altra quistione di cui si discorre nel §. LXXXVIII.

2. La *datio in solutum* convenzionale, a prezzo fisso, è sempre vietata. Il creditore deve farne istanza al Tribunale che elegge i periti (*d*). Sono dunque applicabili le massime stabilite nel §. LXXXIX. N. 3. non quelle del N. 4., giacchè le parti non possono tassare il prezzo.

3. Quanto al principio che abbiamo posto nel §. XC. osserviamo che anche in quelle legislazioni il patto di vendere al creditore

---

(*a*) L. necessario 8. D. de peric. et comm. rei vend.

(*b*) Bald. in L. fin. C. de conth. empt.

(*c*) L. final. d.

(*d*) Non escludo la legislazione austriaca che non vieta la ritenzione — ma solamente che il creditore *possa ritenere la cosa* come per alienarla, a suo arbitrio e per un prezzo già in prevenzione stabilito §. 1371.

Digitized by Google

è lecito, giacchè vietandolo qualora non avvenga colle *prescritte formalità* (*a*), si deve tenere permesso nel caso contrario. Il debitore non potrà quindi sciogliersi dall' obbligo coll' offerta del debito; ma dovrà osservare il patto di vendere al creditore, patto che si risolve in un diritto di prelazione. Non può nascere molta difficoltà, io credo, rapporto alle ipoteche dei creditori del pignorante le quali colpiranno sempre il fondo finchè non solo segua la stima giudiziale, ma la proprietà non siasi definitivamente trasferita in altra persona.

§. XCII.

Del patto stipulato a favore del creditore di non alienare il fondo ipotecato; e della L. 7. §. ult. D. de distract. pign.

1. Trascrivo il testo di Marciano che fu soggetto di gravi dispareri fra i padri della scienza « *Quaeritur si pactum sit a creditore ne liceat debitorem hypotecam vendere vel pignus quid juris sit, an pactio nulla sit talis quasi contra jus sit posita; ideoque veniri possit? Et certum est nullam esse venditionem ut pactioni stetur* ». Che la legge ingiunga l' osservanza del patto, mi sembra chiarissimo.

Un altro testo tratto dal Codice non solamente sostiene la inalienabilità del fondo che il proprietario ha consentita per patto; ma l' estende persino a togliere la facoltà d' imporre servitù e d' ipotecarlo (*b*).

(*a*) V. gli articoli citati nel principio di questo capo.

(*b*) Sancimus sive lex alienationem inhibuerit, sive testator hoc fecerit, *sive pactio contrahentium hoc admiserit*, non solum dominii alienationem, vel mancipiorum manumissionem prohibendam, sed etiam ususfructus dationem, *vel hypotecam vel pignoris nexum prohiberi*. L. ult. Cod. de reb. alien. non alien.

Ma non bisogna porre nella stessa linea giuridica la L. qui romae 122. D. de V. obl. §. 3., come si è fatto da qualche interprete, e che riguarda il patto di prelazione dei coeredi; patto che si risolve nella pena stipulata.

Digitized by Google

2. Dichiarando il testo espressamente la nullità dell' alienazione, ne segue che il successor singolare null' acquista, fingendosi la cosa non alienata restare tuttavia nel patrimonio del debitore (*a*).

Pare che in antico corressero due lezioni di questo testo che sarebbero state in totale opposizione; onde Bartolo ed Accursio, che sottilmente ne disputavano, mandarono a consultare il famoso manoscritto delle Pandette che si custodiva a Pisa; e si trovò esser vera quella lezione che oggi è comune (*b*). Il Cujacio si proferì esatto osservatore della lettera del testo, ed ebbe per nulla l' alienazione eseguita contro il patto, senza alcun limite; ravvisando nella natura stessa del pegno a cui il patto era annesso, una speciale ragione a sostenerlo. Colui, egli dice che in questo caso impone la legge, è il creditore che col pegno o ipoteca ha un *jus in re*, laddove negli altri casi il proibente *nil juris in ea re retinet* (*c*). Ma, con rispetto di tanta autorità, se la convenzione non avesse forza per se stessa, ma dovesse accattarla dalla posizione di diritto in cui si trova il proibente, non saprei come derivarla da un semplice vincolo cautatorio; laddove il *dominio stesso* non bastò per testimonio della *L.* 3. *C. de condit. ob caus. dat.* Ivi difatti è stabilito che se il donante impone al donatario

---

(*a*) Pacific. de Salvian. Inter. Insp. 3. c. 4. N. 288. e segg. Negus. de pign. P. 4. N. 42. Mantic. de tacit. Lib. 11. T. 6.

(*b*) Ibi duplex est litera : una quae dicit *nullam esse pactionem* et tunc concordat cum ista (onde Bartolo sosteneva inefficace il patto). Aliaque dicit *nullam esse venditionem; et illa est vera litera.* Semel enim cum dubium hic haberemus, misimus usque ad Pisas d. Franciscus Accursius et ego ad videndum Pandectas et erat ibi litera — *nullam esse venditionem* — Bart. ad L. 3. C. de condit. ob. caus. N. 4. Hotoman Dig. de distract. pignor. lesse *nullam esse rationem ut pactioni stetur:* lezione che oltre non aver appoggio critico, si discosta troppo dall' aurea semplicità di quel linguaggio. Donello accettò la prima lezione, senza muoverne alcun dubbio. Lo Schambogen ravvicina il senso della *L.* 7. *de distract. pign.* a quello della *L.* 4. *de pign. act.:* ma questa parla del creditore, obbligato a non vendere, non già del debitore. Si farebbe troppo lunga la nota se si volessero allegare tante altre opinioni.

(*c*) Comm. ad L. 3. Cod. de condit. ob caus. dat.

Digitized by Google

di non alienare, e costui faccia contro la condizione, l'alienazione vale; e solamente compete al donatore la *condictio ob rem dati;* l'azione personale, e l'emenda del danno. Valida similmente è l'alienazione fatta contro il precetto del testatore: salvochè nel fedecomesso (*a*). Eppure costoro avevano il dominio della cosa che cedevano alla condizione di non alienarla: ben più che un vincolo reale sulla cosa altrui!

4. Il testo di Marciano fu preso in sospetto perchè parve presentare una antinomìa colla *L. penult. D. de pactis* in cui Pomponio scrive, che non ha verun effetto il patto di non vendere senza il consentimento del vicino. Questo patto, giustamente riprovato dagli antichi giureconsulti, in tempi assai posteriori si trasformò nel giùs congrui, e in un diritto di prelazione. Bisogna convenire che il responso di Pomponio non ostava a quello di Marciano; che non si trattava neppure di due regole, ma di due risoluzioni di casi particolari, e male se ne dedussero delle teorie generali. Quell'acuto ingegno di Bartolo pose avanti alcune distinzioni sottili: ma ad ogni altra è preferibile la esposizione del Balduino. Quel profondo commentatore del pegno ricordò che Giustiniano ebbe accolto con favore il patto, che ai precedenti Legislatori non piacque, vietante al compratore di erigere un monumento sul fondo acquistato; e che sembrava inopportuno vincolo alla proprietà. Ma il legislatore pensò che *il proibente poteva avere un certo interesse* onde il monumento non s' innalzasse in quel luogo; e fu questo il motivo ond' egli s' indusse ad approvarlo (*b*). Il patto ha efficacia *si cum causa fiat.* Evidente è l'interesse del creditore ipotecario, che quantunque possa perseguitare la cosa in mano ai terzi, ha però azione più semplice e spedita contro il debitore (*c*). E sotto questo rispetto dovrebbe il patto meritare osservanza.

(*a*) L. si quando §. haeres D. de legat. 1. L. qui solid. §. ult. de Legat. 2. L. pater §. 1. D. de legat. 3.

(*b*) L. ult. Cod. de pact. inter empt.

(*c*) Balduin. C. 18.

Digitized by Google

5. Ma, benchè permesso, odioso era pur sempre; se non che la schiavitù in cui era venuto il debitore, fu temperata dalla equità della giuridica. Quella specie di stato d'assedio, non poteva durare perpetuo a danno di un proprietario e del commercio in generale; con pericolo che il tristo esempio non moltiplicasse. Però il patto, valido in principio, è disciplinato da una interpretazione che diciamo *civile*, e s'intende *qualora il debitore non ricusi di prestarsi e concorrere alla vendita del fondo, o di comprarlo egli stesso, a giusto prezzo.* Se a nessuno di codesti partiti voglia il creditore piegarsi, e con rifiuti risponda alle interpellazioni che gli si devon fare, si sciolgono al debitore le mani, e gli si concede facoltà di vendere (*a*). Divisa la comune eredità, solo un predio restò indiviso, e si pattuì non potersi da veruno alienare la parte propria fuorchè agli altri coeredi, sotto una convenuta pena pecuniaria. Uno di essi venne in divisamento di vendere; ma ammoniti più volte i coeredi, costoro nè del comprare nè del vendere si risolvevano. Scevola, interrogato rispose, che *la vendita era legittima, eziandio fatta ad estraneo; e che alla domanda della multa ostava la eccezione del dolo* (*b*). Bella e savia risposta!

§. XCIII.

Del sistema francese, e del §. 1371. *del Codice Austriaco.*

1. Nel codice francese, nè in quei cinque che lo seguirono più d'appresso, nominati nel principio di questo Capo IV., rinçontriamo veruna disposizione che si occupi di questo articolo di diritto. Veramente il caso è tanto raro che non ricordo di averlo veduto deciso. E la sentenza del giureconsulto romano è di sì morbida equità (mi permetto questa frase) che ai nostri costumi può convenire perfettamente. Non esistendo proibizione espressa di un tal patto, non sapremmo donde muover la leva per atterrarlo;

(*a*) Balduin. C. d.

(*b*) L. qui Romae 122. §. 3. D. de V. obl.

Digitized by Google

ma ci piace di avere nel diritto comune e nella ragione come sciogliere il nodo. Credo adunque che la decisione di Scevola dovrebbe adottarsi in confronto di ognuno dei nostri codici che si è mantenuto in silenzio su questo punto.

2. Potrebbe nascer dubbio, rapporto al Codice Austriaco. Non ammette il patto, che *il debitore non possa obbligare a favore di nessun altro la cosa immobile* — ma tace di quello con cui *il debitore si obblighi di non alienare*. La singolare precisione di quel codice, e la cura che si è data di raccogliere nel §. 1371. le principali convenzioni avverse alla natura del pegno e del mutuo, potrebbe far credere che ciò che fu ommesso, non si volesse inchiudere. Contuttociò avendo proibito il fatto men grave, che è l'impedimento di costituire nuovo pegno o ipoteca sull'immobile, non pare ragionevole volesse permettere l'altro assai più nocivo al creditore, più pernicioso all'ordine pubblico, e che immediatamente lede il principio vitale della proprietà: quello di non poter alienare la cosa propria sotto la pressione perpetua di un creditore inesorabile. Io terrei questa opinione, anche inerendo ai §§. 6. e 7. dello stesso Codice (*a*).

§. XCIV.

Del patto di non redimere il pegno.

Se è posto senza limite alcuno ed assoluto (*b*), o che il termine dato a redimere il pegno oltrepassi il corso degli anni trenta; o la redenzione sia commessa all'arbitrio del creditore, il patto non vale. Ma può convenirsi un termine entro il quale non possa

---

(*a*) Tengo diversa opinione se si tratti non di vietare per patto il diritto di vendere il pegno: *ma di cedere il — credito ipotecario.* — Quanto al Codice Austriaco così pensano difatti Basevi, Mattei, Carabelli ed altri; e non trovando cauta in diritto la massima opposta, sento similmente quanto alle altre legislazioni.

(*b*) Gl. e Ias. in L. qui Romae. Negus. p. 4. N. 30. Mantic. de tacit. Lib. 11. T. 7. Surdo. Dec. 2. Merlin. T. 4. qu. 124.

Digitized by Google

il debitore liberarsi, pagando; ed è ben giusto, giacchè non si troverebbero sovventori, se non si potesse contare sopra una certa durata dell'investimento. Bartolo scrisse (*a*) che, se *simpliciter* era stato determinato un tempo alla redenzione, senza più, nel dubbio doveva tenersi apposto *in grazia del debitore*, che perciò ad ogni momento poteva scioglier il debito. Non parmi accettabile quella opinione. Secondo me, non si deve esagerare il favore dei debitori sì che anche l'interesse del commercio, rappresentato dalla classe dei capitalisti, non debba avervi la sua parte. Se dalla forma letterale della convenzione non uscisse distinta la facoltà di pagare in qualunque punto del termine, come si dicesse *entro cinque anni;* ma solamente si leggesse sovvenuta la somma *per anni cinque*, si avrebbe un termine di rispettiva comodità, o, come dicono, apposto *utriusque gratia*. Conviene poi anche distinguere fra il patto non *luendi pignus;* e la durata stabilita alla restituzione della somma sovvenuta. Sono cose diversissime, ancorchè possano confondersi negli effetti. Perchè essendo tal patto, non che alla natura, contrario alla sostanza del pegno per la ripugnanza delle parole che vi concorre, non può in verun modo concedersi, se non ad un termine la cui durata non sia diuturna di maniera che in giurisprudenza sia parificato alla perpetuità, come il trentennio che prescrive e spegne tutte le azioni. Ma io non vedrei neppure difficoltà sul convenire una convenzione duratura un trentennio e più, purchè abbia un termine, giacchè il patto cadrebbe soltanto sulla durata della sovvenzione, avendo come accessoria e consequenziale la immanenza del pegno. La quale massima, che ha per se la pratica costante, si concilia ottimamente con quella formula del Codice Austriaco .... « che il debitore non possa *giammai riscuotere* il pegno ..... » §. 1371., e non parla di qual termine sia capace l'investimento; che oggidì ha acquistato un carattere ben diverso dal mutuo delle leggi romane.

(*a*) Ad L. qui Romae N. 4.

Digitized by Google

§. XCV.

Della promessa fatta dal creditore di non vendere il pegno.

Possiamo riportarci al §. XXVII. in cui questa materia è brevemente ma chiaramente discorsa. I nostri còdici, modellati alla francese, ne tacciono; ma nel loro spirito ci fanno travedere il divieto. Se la Ipoteca si disse costituita per la soddisfazione dell' *obbligazione* (§. LXIV.) ciò diciamo del pegno ugualmente; altrimenti la cauzione, come strada che non ha capo, non condurrebbe a nulla, e sarebbe illusoria (*a*). Il Codice Austriaco non ci lascia sospesi: e nullo dichiara il patto — *che il creditore non possa, quando è venuto il giorno di essere soddisfatto, domandare la vendita del pegno.* Ammetto col Sabatini che la convenzione possa introdurre certe modalità osservabili, come differire la vendita a tempo stabilito, o regolare l' ordine della escussione; sempre con rispetto alle formalità prescritte dalle leggi di procedura, che istituite nell' interesse generale, sono invariabili.

§. XCVI.

Del patto di alienare il pegno privatamente e senza la osservanza delle formalità prescritte.

La procedura delle spropriazioni è salita a una dignità sconosciuta agli antichi (§. XXVII.) (*b*). Il Merlin nel repertorio (V. espropriazione forzata §. VIII.) ci ricorda la dubbia giurisprudenza dei tribunali francesi, pure nei tempi nuovi, sotto l' impero della legge di brumajo; divisi fra il difetto di una legge positiva, e

---

(*a*) Quantunque le leggi di Toscana non dispongano, il Sabatini non dubita della nullità del patto, come contrario alla natura del pegno N. 1755.

(*b*) De Onate Tract. de pign. et hyp. Disput. 59. Faber. in Cod. Lib. 8. Tit. 17. Def. 13.

Digitized by Google

l'impulso di quella critica giuridica che da ogni parte si risvegliava. La vendita innanzi notaio, *a la paumèe*, per maggiore speditezza ed economia, era usata in Francia per virtù di convenzione: qualche dottrina (*a*) sorgeva a contrastare codesta innormalità di forme, ma debolmente; e non pare fosse molto attesa nelle costumanze di quel regno che tanto si nutriva di consuetudini (*b*). Il Codice Civile decise la quistione nell'art.° 2078. Sarebbe lavoro lungo il dichiarare in quali casi e per quali cagioni la convenzione dei privati possa francarne dalle regole del procedimento giudiziario: ma il principio fondamentale è posto nell'osservanza rigorosa di una legge costituita nell'interesse generale come la ipotecaria. Ma le aste, così dette *volontarie*, sono forse vietate? E non è forse legittimo l'acquisto non altrimenti che se fosse stato preceduto da un processo nelle forme prescritte? L'obbiezione potrebbe spingersi più oltre, e dire, se è lecito al proprietario vendere la cosa sua in qualunque modo, non si vede perchè eziandio l'oppignorante (*c*) non possa vendere la sua proprietà nel modo che più gli conviene. La risposta è questa. Vendere al contraente di sua scelta, o esporre i propri beni all'asta volontaria con una proposta di prezzo che può essere aumentata nel concorso, è un atto libero della volontà, non offeso da verun sospetto di compressione sofferta, in diminuzione appunto di quella libertà che la legge garantisce. Ma la vendita prestabilita in un contratto di pegno a favore del pignoratario, è guardata con mal viso, come cosa che spunta da infetta radice; e che non può essere purgata e risanata che coll'applicazione del metodo giudiziario.

(*a*) Vinnio — Gronnowengen — Ferriere.

(*b*) Anche in Olanda si rispettava la convenzione di vendere senza certe formalità. Bynkershoek Quaest. jur. priv. Cap. 13. Lib. 2.

(*c*) Chiamo sempre *oppignorante* il volontario impegnatore; pignoratario colui al quale il pegno è dato. Diciamo invece creditore *oppignorante* colui per il quale la cosa prende forma di pegno, il che avviene sempre forzatamente, e indipendentemente dal consenso *attuale* (mi riserbo di spiegare in seguito l'importanza di questa parola) del debitore.

Digitized by Google

§. XCVII.

Tuttociò che del pegno si afferma nel presente Capo IV. è applicabile all' Ipoteca.

1. Il diritto romano ebbe cura di esprimere questa sinonimia (*a*): il codice francese fece prova di minor precisione, e lasciò un vuoto che i codici ricopianti non seppero riempiere. Parlando nell' art.° 2078. del pegno, che aveva definito nel 2071. come quella *cosa che si dà per sicurezza del credito*, e dell' anticresi nel 2088. fece dubitare che dir si dovesse del fondo ipotecato. Nel silenzio del codice, si questionò sino dal tempo del procuratore Merlin; ci furono decisioni che, serve della lettera, non si tennero autorizzate a riprovare il patto commissorio nella ipoteca; altre trovarono che la ragione era identica; e il Merlin fu in questa sentenza (*b*). Essa è giusta. Ciò che si può dire di meglio a favore della prima opinione, si è che, rimanendo il possesso del fondo ipotecato al debitore, l' appropriazione è meno agevole, e quindi la legge ebbe men forte motivo di reprimere quel patto che odiò mortalmente nel pegno. Questa ragione illuse uno dei nostri Magistrati di provincia, di cui deploriamo la perdita, e che era assai valent' uomo, in una causa recente di patto commissorio in Ipoteca, che nondimeno fu vinta per due conformi (*c*); benchè non fosse guari difficile il rispondere che se per noi si ammettesse la validità del patto, bisognerebbe ammetterne le conseguenze; e il

---

(*a*) L. 16. D. de pign. §. ult. Potest ita fieri pignoris datio, *hypotecaeve* ut sit intra certum tempus. ecc. e parla di vendita del pegno a giusto prezzo.

L. 81. De contrah. empt. — sullo stesso soggetto — Titius cum mutuos acciperet tot aureos sub usuris, dedit pignori *hypotecaeve* praedia.....

L. 7. D. de distract. pign. — Si creditor pignus vel *hypotecam* vendiderit hoc pacto .... e §. fin. Quaeritur si pactum sit a creditore, ne liceat debitori *hypotecam* vendere vel pignus ....

(*b*) Repertor. V. Espropriaz. forz. in fin.

(*c*) Leccioli — Canonici. Sentenza 2 Dec. 1856 dell' Appello di Bologna.

Digitized by Google

giudice richiesto, non potrebbe togliere che il fondo ipotecato non si consegnasse al creditore alla condizione pattuita. La legge guarda come il contratto si formi, non come si eseguisca. Se la *ritenzione* che si ha nel pegno materiale, è più comoda dell'*azione*, ripugna che l'*incomodo* di un giudizio dovesse considerarsi come una specie di sanatoria di un patto che in condizioni pari, o men gravi, la legge condanna.

Digitized by Google

TITOLO II.

DELLA OBBLIGAZIONE COME BASE DELLA IPOTECA

CAPO I.

A QUALI OBBLIGAZIONI SI AGGIUNGA EFFICACEMENTE LA IPOTECA

§. XCVIII. — *Della Ipoteca data dallo stesso debitore, naturalmente, ma non civilmente obbligato.*

§. XCIX. — *Della obbligazione naturale.*

§. C. — *Della cauzione ipotecaria aggiunta per via di fidejussione, e della obbligazione principale, giusta i principî del DIRITTO ROMANO.*

§. CI. — *Della nullità della obbligazione principale per cause personali all' obbligato.*

E specialmente per quanto concerne la minor età.

§. CII. — *Se nello Stato PONTIFICIO e TOSCANO sia valida la cauzione ipotecaria prestata da un terzo mallevadore a sostegno di un contratto di donna non autorizzata nelle forme regolari.*

§. CIII. — *Dello stesso soggetto giusta le legislazioni DELLE DUE SICILIE, DI SARDEGNA, DI MODENA, E PARMA.*

§. CIV. — *Dello stesso soggetto secondo la giurisprudenza del Codice Austriaco.*

Digitized by Google

§. XCVIII.

Della Ipoteca data dallo stesso debitore, naturalmente, ma non civilmente obbligato.

1. Ogni obbligazione civilmente valida può guarentirsi con Ipoteca (*a*); e ciò è semplice a dirsi; ma quando si domanda se le obbligazioni nulle, o imperfette, possano esser confortate dalla Ipoteca; ovvero se la obbligazione accessoria onde la Ipoteca si costituisce, possa sussistere cadendo la principale, è una quistione non priva d'interesse e forse di novità, quantunque oggimai logorata dalle discussioni.

2. Essa deve decidersi colla teoria della fidejussione; perchè bisogna sempre supporre che sia intervenuto un fidejussore che abbia garantito con Ipoteca la obbligazione altrui. Difatti allorchè la Ipoteca è data dallo stesso debitore, è assolutamente necessario che la obbligazione, in cui la Ipoteca si fonda, sia civile e legittima, onde la Ipoteca vi si attenga validamente, e produca effetto.

Noi potremo discutere se la cauzione ipotecaria data dal terzo *sui juris* a sostenere la obbligazione di un minore, o di un prodigo interdetto, o di altre persone che non potevano civilmente obbligarsi, sia efficace; ma sarebbe vanità il proporre se il minore e il prodigo interdetto, che non possono obbligarsi senza certe solennità, siano poi capaci di costituire valevole ipoteca.

3. Questo io dico e francamente affermo rispetto alla Ipoteca d'istituzione moderna; chè nelle leggi romane si teneva altro modo. Alla obbligazione *naturale* si associava benissimo la ipoteca; e i testi sono così chiari che non ci lasciano travedere in quella letterale evidenza una diversa combinazione giuridica (*b*). Appartenendo

---

(*a*) L. 5. D. de pign. princ.

(*b*) Ex quibus casibus *naturalis obligatio consistat*. L. 14. D. pign. L. 5. — eod. Che poi la ipoteca fosse legittimo addietto della obbligazione

Digitized by Google

la ipoteca alla famiglia degli atti pretorî alieni dalle solennità delle forme civili (*a*), non è maraviglia se l'indole sua non ripugnasse di combinarsi colla obbligazione naturale che pure nasceva *dal patto nudo*, come fra breve diremo.

Nell'uso moderno la ipoteca non può accoppiarsi nello stesso soggetto di diritto, che alla obbligazione civile, a quella cioè che partorisce azione, ed è valida a tutti gli effetti. Non escludo quegli Stati che vivono col diritto romano, come il pontificio, ma che pure hanno un codice speciale in cui l'atto ipotecario si vede sempre circondato da forme solenni dalle quali soltanto acquista quella virtù che è necessaria a conseguire il suo fine.

§. XCIX.

Della obbligazione naturale.

1. Come l'atto interno precorre l'estrinseco affermar del consenso, così l'obbligazione naturale antecede la civile; e può vivere anche da sè, senza essere accolta nel regno della legalità, oppure senza ricevervi quell'accoglienza piena e lauta di cui godono le obbligazioni che chiamiamo civili (*b*). Se non che dove la obbligazione naturale in nessun modo partecipa della legalità, non viene in considerazione in tema giuridico, e se ne rimane nel dominio dei moralisti. Corretta da leggi d'ordine più elevato che le leggi civili non sono, benchè meno romoreggi all'esterno, essa può stringere così fortemente l'uomo interiore che la stessa legge civile che le nega la sua sanzione, non possa

---

naturale, avvegnachè costituita dallo stesso debitore, e non da un terzo intervenuto a mallevare la obbligazione di lui, è fatto palese dalla detta L. 5. che dice per unità di discorso *pro quacumque obligatione* (fra cui annovera anche le *naturali*) . . . quis hypotecam dare potest *sive pro sua obligatione, sive pro aliena*.

(*a*) De pignore jure honorario nascitur, pacti actio . . . L. 17. D. de pact. — §. VI.

(*b*) Cioè legittime; quindi anche le pretorie.

Digitized by Google

dissolverla (*a*). Noi abbiamo adunque bisogno di trovare una obbligazion naturale che non appartenga solamente alla regola morale o come dicono al foro interno (*b*); ma partecipi eziandio della legalità esteriore benchè in modo imperfetto. La legge vide e rispettò quegli atti della individuale probità ch' essa non avrebbe potuto imporre, ed ebbe per valide e irretrattabili quelle oneste manifestazioni di una coscienza convinta. Avrebbe negata l'azione se ne fosse stata richiesta, ma negò la ripetizione (ossia la eccezione) quando l' atto era già consumato. Non fu più lecito dire, io non era obbligato; allorchè alla obbligazione morale fu posto il suggello dell' adempimento. Fra padre e figlio, non emancipato, o tra fratelli esistenti sotto la stessa podestà paterna, non corre obbligazione civile; ma se portano ad effetto le loro convenzioni, o soddisfanno a un dovere di natura, anche indipendente da convenzione, non potranno più pentirsi (*c*). Il paganesimo (che è cosa mirabile!) non disconobbe la morale esistenza dello schiavo quando lo tenne naturalmente obbligato a non ripetere ciò che avesse pagato (*d*).

2. Talvolta l' ingresso della obbligazione naturale è impedito dalla risoluta resistenza della legge civile che trova immorale il fatto, e avverso alle disposizioni da lei promulgate nello scopo dell' ordine pubblico; ma di ciò più avanti. Tornando adunque alla obbligazione naturale, e volendola definire come quel vincolo della coscienza (*e*) che avendo la sanzione della moralità, e la conferma nella esteriore osservanza, è, a certi effetti, rispettata dalla legge civile, noi troviamo che nel gius romano codesta

---

(*a*) L. si paenae D. de condict. indeb. in princ. — Da questa impotenza della legge civile di sciogliere la obbligazione naturale, nasce quel rispetto che suole usare agli atti consumati sotto quella regola di coscienza.

(*b*) Per esempio, il dovere di riconoscenza verso i beneficî ricevuti.

(*c*) L. frater. 38. D. de condict. indeb.

(*d*) L. naturaliter 13. eod.

(*e*) Che Vasquez chiama judicium intellectus, e Cicerone, Theatrum Dei — Lib. 2. quaest. Tuscul. — V. Suarez T. 3. disp. 12. sect. 2.

Digitized by Google

obbligazione morale, che si rispetta solamente dacchè è stata consumata, poteva esser accompagnata dal pegno (§. precedente). Ma davvero è difficile a concepire, come l'addizione ipotecaria operasse senza l'intervento di un terzo, negandosi l'*azione* ad ogni obbligo che non fosse legittimo (*a*). I due principali effetti della obbligazione naturale, indicati dal Vinnio (*b*), sono la compensazione con altro debito, eziandio civile; e la eccezione contro la domanda di ripetizione dell'indebito. Ma il debito impagato non poteva domandarsi, mancava dunque all'ipoteca *l'actio hypotecaria* per renderla efficace; e pagato che fosse, l'ipoteca si risolveva, onde a che giovasse il pegno addietto alla obbligazione naturale non ci è dato chiaramente vedere. Ed io penso esser questo uno dei misteri della scienza antica che avrebbe potuto spiegarsi se una miglior critica avesse diretto il lavoro della compilazione delle Pandette, e i frammenti dei giureconsulti si potessero illustrare colle opere originali (*c*).

§. C.

Della cauzione ipotecaria aggiunta per via di fidejussione, e della obbligazione principale, giusta i principî del DIRITTO ROMANO.

1. Che la cauzione fidejussoria abbia attinenze assai prossime colla pignoratizia e ipotecaria, non è a disputarsi (*d*); ma nella

---

(*a*) Intorno a questa legittimità della obbligazione V. le LL. 6. e 7. §. 2. e 4. D. de pact.

(*b*) De obligat. Lib. III. Tit. XIV. N. 8.

(*c*) Chi, *distractis pignoribus*, ha pagato le usure, civilmente indebite, ma naturalmente dovute in virtù del patto, non può ripeterle. L. 5. §. 2. D. de solut. Questo testo citato dal Donello de pign. Tit. 5. lascia la quistione nel medesimo stato; giacchè se il debitore avesse opposto al pagamento delle usure incivili, non avrebbe potuto esservi costretto; nè il pegno avrebbe migliorata la condizione del creditore.

(*d*) L. 28. in fin. D. de pign. L. 2. L. 17. D. de fidejussor. etc.

Digitized by Google

materia che veniamo studiando, il divario è notevole assai; perciocchè altro è che il debitore che non è civilmente obbligato costituisca la ipoteca per guarentire la propria obbligazione imperfetta; ed altro è il sorgere di un terzo che, con tutti i numeri di una civile obbligazione, e nella scienza della imperfezione dell'obbligazione principale, si tolga il carico di guarentirla con ipoteca. Pare che costui non possa difendersi con veruna scusa, essendochè si deve ritenere che il creditore, temendo appunto le eccezioni che poteva incontrare, non abbia voluto commettere in sì fragil luogo la sua fiducia; nè per altro motivo abbia prestato il suo consenso che per la buona fidejussione che gli veniva data. E il terzo, a cui le cose erano chiare, conosceva tutti i pericoli di una tal fidejussione, e doveva suonargli in cuore quella voce che turba il sonno dei creduli mallevadori che *fidejubere est solvere*. Con tutto ciò codesta ragione non fu abbastanza potente a persuadere la validità della fidejussione in tutti i casi indistintamente; tenendosi necessario il concorso di queste due condizioni 1.° che la obbligazione principale, considerata ne'suoi elementi costitutivi, sia valida 2.° che una obbligazione, almeno morale, si potesse riconoscere nel debitore (*a*). I Giureconsulti romani, col tener ferma la idea di una obbligazione capace di germinare la fidejussione, intesero di conservare e tradurre in pratica le legittime attinenze di codeste istituzioni.

2. Certamente una obbligazione può esser nulla, o perchè offesa da tali vizî che la rendano impossibile in qualunque persona; o perchè, per estrinseca imperfezione di forme, non possa tenersi esistente a danno di certe classi, moralmente impotenti, o inferme d'animo e d'intelletto; e perciò privilegiate di special protezione. Nel primo caso *la nullità della fidejussione* è la *conseguenza logica della nullità della obbligazione principale* (*b*); sorgono nel secondo controversie gravi di cui mi occuperò nel paragrafo

---

(*a*) Fidejussor accipi potest, quoties est aliqua obligatio civilis vel *naturalis* cui applicetur — L. 16. §. 3. D. de fidejuss.

(*b*) Giusta il principio — cum causa principalis non consistit nec eae quidem quae sequuntur locum habent. L. 178. D. de regul. jur.

Digitized by Google

seguente. Se il dolo, la violenza, la lesione, e via discorrendo, infettano le sorgenti onde ha vita una obbligazione, nè fidejussione può accedervi, nè cauzione ipotecaria, nè qualsivoglia corredo o appendice di convenzioni accessorie (*a*).

§. CI.

Della nullità della obbligazione principale per cause personali all' obbligato.

E specialmente per quanto concerne la minor età.

1. Mettete innanzi una distinzione importantissima che vi darà la chiave dell' argomento. O la esistenza giuridica del fatto è incompatibile con quelle leggi che sono statuite a custodia della moralità generale e dell' ordine pubblico; in tal caso la eccezione *non cohaeret personae*, ma è comune a tutti, e versa sulla inesistenza del fatto giuridico. Vi hanno poi degli altri fatti che non si permettono ad alcune persone perchè inchiudono un pericolo di fallacia e d' errore, attesa la imperfezione delle loro facoltà intellettive, che immature si presumono in età immatura. La legge guarda con una certa sfiducia e sospetto le operazioni economiche di cotali uomini che si direbbero incompiuti (*b*); ma non le rinvìa come colpevoli e degne d' anatema; anzi crede che nell' età in cui si è capaci di delinquere, e quindi di obbligazione penale, eziandio di obbligazione morale, per una promessa liberamente consentita, si possa esser capaci. Perciò colui che si associa a questo fatto, e lo guarentisce, non si fa complice o sostegno di un' azione riprovata, come nel primo caso; ma innanzi

---

(*a*) Merlin. de pign. Quaest. 78. Lib. 11. Hering. de fidejuss. Cap. 6. e 19. Pothier oblig. N. 394. tolto il caso che non si tratti piuttosto di espromissione, ossia di principale obbligazione presa sopra se dal terzo. Decian. Cons. 72. N. 5. Lib. 2. — Merlin eod. Pothier N. 395. Vale per tutti la L. 2. Cod. de fidejuss. minor. parte II.

(*b*) . . . nam post hoc tempus *compleri civilem vigorem* constat — L. 1. D. de minor. in fin.

Digitized by Google

al creditore, e innanzi alla legge, semplicemente integra e perfeziona una obbligazione civilmente imperfetta.

2.° *Donne — S. C. Vellejano.*

Nella prima causa è la proibizione d'intercedere per altri che il S. C. Vellejano sentenziò a favore e difesa delle donne facili a cadere in questa pania, per maligne arti, e seduzioni immorali; e fu considerata come la repressione di un delitto (*a*). Nè per altre ragioni fu vietata la fidejussoria cauzione nelle doti (*b*). Parve turpe cosa quel confidare della donna piuttosto in un estraneo che nel marito; e i giureconsulti ci travidero semi di future discordie, e di domestiche tristizie. E così respinsero dalla soglia maritale quelle anime generose, che si prendevano ad aiutare la prosperità dei conjugi. Sopra tutto, ciò grida la ragione generale della legge perchè il fatto non abbia effetto (*c*).

3.° *Figlio di famglia.*

Altri casi possono considerarsi sotto un aspetto puramente *relativo*. Valeva la cauzione fidejussoria che il figlio di famiglia dava al proprio padre, cui nessuna ragione d'ordine pubblico ripugna (*d*); ma per converso non valeva quella che il padre avesse data al figlio vivente nella sua podestà (*e*); inversione che giusta le idee di quei tempi, ledeva il principio sacro della identità paterna.

4.° *Furioso — prodigo.*

Non parliamo del primo che, privato d'ogni senso di ragione, non è capace di obbligazione veruna. Il prodigo stava col

---

(*a*) Cito un testo che assai bene risponde al mio concetto. — Julianus putat fidejussori exceptionem dandam, etiamsi mandati actionem adversus mulierem non habet, *QUIA totam obligationem* Senatus improbat. L. 16. in fin. D. ad S. C. Vellej.

(*b*) Tit. Cod. ne fidejuss. vel mandator.

(*c*) La dote però poteva guarentirsi con pegno e ipoteca; onde vieppiù si palesa che l'odio della legge colpiva nei matrimonî le officiosità protettrici.

(*d*) L. si quis pro eo. L. si a reo. §. adeo D. de fidejuss.

(*e*) L. si quis detta Inst. de inutil. stipul. §. inutilis L. 13. D. de verb. oblig.

Digitized by Google

furioso alla stessa catena (*a*). È inutile il pensare che, in quegli Stati che si governano col diritto romano, la obbligazione del prodigo interdetto non sia totalmente nulla, e insuscettibile di cauzione fidejussoria. Più grave si presenta la quistione sotto la influenza dei codici moderni di che faremo discorso nei paragrafi CIII. CIV.

5.° *MINORI.*

Questa parte della legislazione romana è oscurissima, e, quanto parmi, assai confusamente trattata dagli scrittori. In moltissimi luoghi del Digesto e in alcuni del Codice s'incontrano testi la cui letterale esposizione è assolutamente contraddittoria. Liberarci dalle opinioni, pazientemente tentar quelle fonti, e investigarne lo spirito, è certo la via migliore.

Non pochi testi ci dicono recisamente e schiettamente, che il pupillo, senza l'autorità del tutore, non si obbliga *neppure naturalmente.* E sono la *L.* 41. *D. de condict. indebiti;* la *L.* 59. *de oblig. et action.* (*b*); la *L.* 42. *ult. de jurejur.*, la *L.* 1. §. 2. *de const. pecun.*

Ma eccone degli altri che dicono il contrario.

La *L.* 35. *D. de recept. arb.*, di concordia colla *terza* di quel titolo, ferma il principio, che il pupillo senza l'autorità del tutore non può compromettere; ma soggiunge, che può dare fidejussione, quanto dire *si obbliga naturalmente* (*c*).

Papiniano *L.* 95. *D. de solut.* §. 3. parlando della speranza che il fidejussore può avere di liberarsi dalla obbligazione che incontrata aveva pel minore, confermò che il fidejussore era tenuto, e riconobbe nel primo il vincolo della obbligazion naturale.

(*a*) L. 40. D. de reg. jur. L. 1. D. de Cur. fur.

(*b*) Ved. Dion. Gotofr. alle dette leggi.

(*c*) Mi piace qui notare che la Glossa alla L. 95. D. de solut. §. 4. l'obbligazione naturale spiega così — *id est de jure gentium* — quanto a dire la coscienza comune dei popoli, in cui la Provvidenza suprema depose il sentimento del bene e del male. La *coscienza*, base delle relazioni giuridiche dei popoli, regolati da leggi civili diversissime, è una idea nobile ed alta.

Digitized by Google

Ulpiano *Lib.* 46. *ad Sab. L.* 1. *D. de novat.* §. 1. disse apertamente che *il pupillo si obbliga naturalmente*, senza l'intervento del curatore.

Similmente Paolo nella L. 21. D. ad L. falcid.

Alcuni tennero che il pupillo non si obbligasse naturalmente, se non fatto più ricco (locupletior) (*a*) ma li toglie d'errore Papiniano colla *L.* 25. §. 1. *D. quando dies legat. ced.* (*b*).

Aggiungi la *L.* 44. *D. solut.* e il responso di Scevola nella *L.* 127. *D. de verb. oblig.*

Le due leggi del Codice *de fidejuss. minor.* sono evidenti. L'una, che la restituzione in intero ottenuta dal minore non giova al fidejussore; l'altra distingue espressamente fra la eccezione della minor età e quella del dolo che attacca il principio dell'obbligazione; e nel secondo caso esonera il fidejussore, ma nella prima lo vuole obbligato.

Con tutto questo io credo si convenga distinguere fra il pupillo infante, e quello prossimo alla pubertà; distinzione che, a ver dire, nasce piuttosto dalla ragione che dalle parole di quei testi (*c*). Ma sì profonda e distruttiva anomalìa non è pensabile; giacchè, se qualche contraddizione, vera o apparente, s'incontra talvolta nei testi, forse per difetto della compilazione, mai si è veduto un così nuovo e nemico combattere di decisioni ed urtar di massime sullo stesso soggetto. È dunque necessità conciliarle per quanto si abbia in venerazione la sapienza di quegli antichi. La critica giuridica, camminando con cautela fra le difficoltà, può anche aprirsi un sentiero. La *L.* 18. *Cod. de jure delib.* §. 4. divide esattamente la infantile età degli anni sette da quella che segue, facendola senza alcun dubbio (nulla dubietate relicta)

(*a*) Bachovio in nota ad Wesembec. Tit. de fidejuss. Lauterbach. Disp. 82. VIII. Franc. C. 2. N. 95.

(*b*) Invece il pupillo *factus locupetior* si obbliga *civilmente* non dovendo lucrare *cum alterius jactura.*

(*c*) Difatti troviamo indifferentemente usata la voce — *pupillus* — e quando incontra, e quando non incontra obbligazione naturale; e dove si ammetta, e dove si rigetta la fidejussione. Qualche volta si adopera l'altra di *minor. vigintiq. annis;* come nella L. 95. D. de solut.

Digitized by Google

abile di poter adire eredità, e chiedere possesso di beni, coll'autorità, è vero, del padre o del tutore, ma pure in lui riconoscendo un intelletto, una volontà; una facoltà di azione. È nota la differenza dell'ufficio e del nome di tutore o curatore, secondo il progresso dell'età. Del resto il diverso modo di giudicare i fatti del pupillo, del furioso, e *del minore d'anni* 25. si palesa nelle parti vitali di quel sistema. Della circonvenzione sofferta dal pupillo, o dal pazzo non sentirete mai parlare; essere circonvenuto si dice di colui che potrebbe anche non esserlo; e l'inganno si fa a quelli, che almeno sino ad un certo punto, sono capaci di guardarsene. Dire che si è circonvenuto e ingannato un pazzo, sarebbe pazzia. Nella possibilità di essere ingannato, e nella facilità di esserlo, la legge considera nel pubere minorenne la esistenza di una ragione e di una coscienza; ma di una ragione debole, e di una coscienza, per la debilità appunto dell'intelletto, non imputabile abbastanza. E basta il rammentare, come sia capace di delitto (*a*), e quindi di soverchiare, offendere, ed ingannare altrui con malizia e con dolo. Lo stesso rimedio della restituzione in intero, nel cui giudizio si discuteva la buona o mala fede del fatto (*b*), attribuisce al minore un senso morale anche in materia civile; il possesso dei castrensi (*c*), lo suppone abile alle negoziazioni, economo, massajo; e davvero l'uomo a 25 anni, cui l'antichità produsse l'età minore, è già avanti nella vita, è già potente di forze come di volontà e d'intelletto, e non rare volte è arrivato alla celebrità per opere d'ingegno, come Pascal, o per merito di militari imprese, come Napoleone.

6. Ond'è che dove le leggi favellano di *pupillo*, capace di obbligarsi naturalmente e di soffrir fidejussore, intender devi del pupillo pubere o prossimo alla pubertà, ossia del *minore*, che suole così chiamarsi per distinguerlo dall'infante, o, se vuoi,

---

(*a*) L. 9. §. 2. D. de minor. vigintiq. ann.

(*b*) . . . . si circumventi sunt. . . . L. 2. Cod. Si tutor. vel curat. interven. L. 44. D. de minor.

(*c*) L. 3. §. 1. D. eod.

Digitized by Google

dall' impubere. Può far suggello a questa dimostrazione la bellissima risposta di Ulpiano registrata nella *L.* 13. *D. de minor.* « Si ricercava se dovesse soccorrersi al solo minore, o eziandio a coloro che per lui si erano obbligati: ai fidejussori. Se, ben sapendo costui esser minore, e perciò non gli prestando fede il creditore, tu soggiungesti a far sicurtà per lui, non è cosa equa che a te fidejussore sia sovvenuto in danno mio; ma piuttosto ti dev' essere negata l' azione di mandato. In somma deve il Pretore conoscere, a quale sovvenire si debba, se al creditore, o al fidejussore; poichè il minore ingannato non è tenuto verso alcuno dei due. Meglio è il dire non doversi venire in ajuto del fidejussore; giacchè colle sue assicurazioni e persuasioni costui fu causa che col minore si contraesse (*a*) ». Così il testo letteralmente, e parmi per esso sciolta ogni difficoltà. E tornando al principio da cui mosse il ragionare di questo paragrafo, la obbligazione del pupillo infante o impubere (inclinando io a tenere che solo allo stato di pubertà potesse il minore dirsi capace di obbligazione) è radicalmente invalida e nulla, non essendo compatibile cogli ordini di natura e coi fondamentali principî della legislazione, il tenere altrimenti; laddove di colui nel quale cominciò già a splendere il raggio della ragione, e favellare la voce interna della coscienza, bisogna affermare il contrario. E maggior chiarezza ancora verrà al discorso dai §§. che seguono.

(*a*) Molto si osservava se il mallevadore sapesse o no di guarentire la obbligazione di un minore; o se dal minore stesso, sotto l' apparenza di età maggiore, fosse ingannato. Lerres ad Tit. XXI. Instit. Lib. 3. Cujac. ad Tit. de fidejuss. minor. Malleville ad §. 2012. Sono opportune le leggi 48. D. de fidejuss. e 44. de solut. Ulterior prova che la cauzione fidejussoria per le obbligazioni imperfette dei minori non era respinta simpliciter, nè come avversata da una massima generale, ma giusta le circostanze del fatto era ammessa o negata.

Digitized by Google

§. CII.

Se nello Stato PONTIFICIO e TOSCANO sia valida la cauzione ipotecaria prestata da un terzo mallevadore a sostegno di un contratto di donna non autorizzata nelle forme regolari.

Offrendo quelle legislazioni ordinamenti analoghi, e molto diversi da quelli adottati da altri codici, ho voluto riunirle in questa ricerca.

1. Presso i romani la soggezione politica della donna fu più estesa e, diremo, più compiuta, che la civile. Quando, sotto Augusto, in quella generale corruzione di costumi, si sentì vivamente il bisogno di porre un limite ai disordini economici dell' amministrazione femminile, non pertanto si dichiararono incapaci le femmine, ma si restrinse la loro facoltà, essendosi osservate in quella instabile natura alcune tendenze di maggior pericolo. La tenacità della donna è istintiva a non lasciarsi sfuggire di mano gli averi, onde di lei fu detto *genus avarissimum*, ma le sue illusioni sono frequenti; non dona facilmente ma crede e confida. Di qui la proibizione del S. C. Vellejano a potere intercedere per altri, e segnatamente pel marito (§. CI. N. 2.); disposizioni che fanno fede della libertà civile che godeano le donne nelle altre contrattazioni, esclusa la materia dotale. Regnando i longobardi, esse cominciarono a subire quella umiliante tutela che suppone la privazione della capacità intellettiva: il qual giogo chiamarono *mondualdo* (*a*). Generalmente gli Statuti municipali imitarono l'esempio; tolsero alle donne la successione; e condottele in questa povertà, raddoppiarono le cautele affinchè non disperdessero quel poco che loro lasciato avevano. Caduta la dominazione francese, le leggi Pontificie hanno ripigliato il freno delle leggi statutarie, assoggettando i contratti delle donne, come dei pupilli e minori

---

(*a*) Montelatici Inst. ad V. Mondualdum.

Digitized by Google

a solennità inesorabili (*a*). Lo stesso accadde in Toscana (*b*); ma la legge 20 novembre 1838 moderò quel rigore.

2. Nel règgime pontificio i contratti delle donne, dei pupilli ecc. sono colpiti di nullità assoluta; si presume il dolo, la frode ed ogni cosa peggiore; considerata la nullità come d'ordine pubblico, può essere opposta anche dai terzi (*c*). Il fatto, così abbominato dalla legge, non può lasciar traccia di obbligazione nelle coscienze (*d*); e trae necessariamente *con se la nullità della cauzione ipotecaria* aggiunta dall'estraneo mallevadore (*e*).

3. Benchè in Toscana ci abbiano formalità diverse, e non in tutte le età la donna vi sia soggetta, ove però la legge le prescrive, tengo fermamente lo stesso effetto (*f*).

§. CIII.

Dello stesso soggetto giusta le Legislazioni DELLE DUE SICILIE, DI SARDEGNA, DI MODENA, E DI PARMA.

1. « La mallevadorìa non può sussistere che sopra una obbli-
» gazione valida. Può ciò nonostante prestarsi la mallevadorìa per
» una obbligazione, quando anco possa essere annullata in forza
» di una eccezione meramente personale all'obbligato, come, per
» esempio, nel caso della minor età ». Così l'art. 2012 del Codice

---

(*a*) Motu proprio 6 Luglio 1816. art. 128. Motuproprio 2 Dec. 1827. art. 145. Motup.° 10 Novembre 1834. §. 51.

(*b*) Legge 15 Novembre 1814. Tit. Obbligazioni delle donne.

(*c*) Costantin. Vot. 360. N. 8. 9. 10. Tom. 3.

(*d*) Franc. de fidejuss. Cap. 3. N. 334. Hering. Cap. X. N. 35.

(*e*) Promettere *de rato* della donna che nullamente si obbligò, o non si obbligò in verun modo, è un'altra cosa. È un promettere le diligenze onde segua la formale obbligazione; e non ha il valore di una semplice fidejussione ma di una espromissione.

(*f*) Ivi pure i terzi possono dedurre in via di eccezione la nullità (art. XXXVIII. della L. 20 Novembre 1838) purchè l'eccipiente abbia causa dalla donna, o questa sia tenuta a rilevarlo. Il fidejussore è precisamente in questo caso.

Digitized by Google

Napoleone; riportato alla lettera nel 1884 in quello delle Due Sicilie; nel 2025 del nuovo Codice Estense; nel 2042 di quello di Parma e Piacenza; e nel 2045 del Codice Sardo, ma con questa giunta « salvo, riguardo al mutuo fatto dal figlio di famiglia, il » disposto dell' art. 1920 » (*a*).

Per codeste disposizioni il sistema romano è mutato nelle sue basi. La cauzione fidejussoria è considerata *come atto indipendente da quello del principale debitore.* Non è più una obbligazione che si sviluppa dall' altra; e la ricerca del vincolo *naturale*, che giustamente il Carabelli chiama *pericolosa*, diventa inopportuna. Ma non cessa il teorema da noi posto nel principio del paragrafo antecedente. Ed è, che misurando con diverso regolo i fatti contingenti, le leggi nuove non trovano avverso al buon ordine legislativo che ci siano da un lato obbligazioni nulle *relativamente*; ed obbligazioni valide a guarentirle. La limitazione portata dal Codice Sardo al caso *del mutuo del figlio di famiglia*, prova anche una volta, che ci ha tali convenzioni odiose e funeste al bene generale che da nessun fomento di promessa e di fede altrui possono essere ristorate.

2. Tutta dunque la investigazione si restringe a ben discernere ove si abbiano nullità *assolute*, e dove *relative* e personali. Vi hanno diretto interesse i creditori ipotecarî del fidejussore che, essendo in grado posteriore, si facciano a combattere la sua obbligazione cauzionale guarentita da ipoteca anteriore. Ora ci potrà essere nullità, derivata da personale eccezione, che si possa elevare anche al grado di assoluta, e interessante l' ordine pubblico? La legge ci ha voluto dare un esempio, nel fatto del minore; e ometterlo saria stato forse meglio. Esso ha imbarazzato, perchè il pazzo e il demente potrebbero credersi in una situazione non pareggiabile alla esemplata; come per la donna maritata malamente opinò il Grenier, seguendo l'ottimo ma superficiale Pothier,

---

(*a*) « Non può il mutuante ripetere la somma prestata nè dal figlio » di famiglia, nè dal padre e ascendenti suddetti e rispettivi loro eredi, » e *nemmeno dai fidejussori intervenuti nel contratto* ».

Digitized by Google

contro Basuage (*a*). Io tengo che in ogni caso il fidejussore, secondo la giurisprudenza di quei codici, sia tenuto quando sapeva che la persona da lui mallevata era un interdetto, una donna maritata, un minore, un pazzo, un infante. La *dipendenza* delle obbligazioni, fu il sistema antico; la *indipendenza*, è il moderno (*b*). E il credito si compiace di tal cangiamento. Colui che si è indossata la obbligazione di siffatti automi, l' ha voluta in proprio, come un espromissore; come principale obbligato; e non c' è inconveniente. Gli affari così corrono più presto e meglio. Tolti gl' impacci delle formalità, un maggiore contrae con un altro maggiore, speditamente, nella schietta cognizione dello stato della persona per cui promette; non ingannato, sarebbe un ingannare, se mancasse al debito suo.

§. CIV.

Dello stesso soggetto secondo la giurisprudenza del Codice Austriaco.

Questo Codice è anche più chiaro « Chi si costituisce fidejus» sore di una persona che per la sua personale qualità non può » obbligarsi, rimane obbligato come un condebitore solidario, » quantunque ignorasse una tale qualità » §. 1352. L' austriaco non esemplifica, come il francese; e abbraccia evidentemente ogni

---

(*a*) Grenier. Par. I. N. 55.

(*b*) Qui Carabelli appunta il Chiesi di aver detto, che per la giurisprudenza del Codice Napoleone, non più la obbligazione naturale, ma la civile soltanto è capace di essere guarentita con ipoteca. *Chiesi T.* 1. *N.* 596. Ed è vero che il Chiesi dice così; laddove, secondo quel Codice, eziandio le obbligazioni nulle dei minori ecc. possono ricevere efficace guarentigia. Se mal non m' appongo, il Chiesi ha voluto dire altra cosa da quella che gli è stata imputata. Che cioè colui che non si obbliga civilmente non può costituire ipoteca. Quello stesso che io diceva nel §. XCVIII. Invece il Carabelli parlerebbe della malleverìa ipotecaria data da un terzo. Avrebbero ragione amendue; solamente non si sarebbero intesi. Ma forse io m' inganno.

Digitized by Google

incapacità personale. Ha tolto di mezzo ogni questione sulla scienza o ignoranza del fidejussore, presumendo sempre la prima. Anzi la ignoranza, se pure provata, si avrebbe per inescusabile (*a*). Perciò tutte le obbligazioni degl'incapaci, che sono annullabili per eccezione ad essi competente, possono essere validamente assunte da un terzo sui juris, e munirsi di efficace cauzione. Non osta a tale conclusione il §. 1351 (*b*). Io non esito punto nel tenere che questa legge riguardi le invalidità comuni ed assolute delle obbligazioni (*c*). La quale come io penso, non accetta distinzioni, fra pupilli che hanno discernimento di ragione e quelli che non ne hanno, nè è punto vaga di riabilitare la vecchia idea della obbligazione naturale, come opina un celebre annotatore di quel Codice (*d*). Se lo avesse voluto, lo avrebbe chiaramente detto colla sua precisione consueta; nè avrebbe lasciato nell'oscurità del silenzio un numero immenso di quistioni subalterne quali si agitano nei paesi regolati col diritto romano.

(*a*) Secondo il principio della L. 19. D. de reg. jur.

(*b*) « Gli obblighi che non furono giammai legalmente validi o che sono già estinti, non possono nè assumersi nè assicurarsi ».

(*c*) Carabelli — Par. I. Cap. I. §. V. N. 6. 7. 8. Carozzi Giurisprud. del C. Univ. Austr. T. 10. Cap. 2. N. 2.

(*d*) Basevi. Ann. pratic. al God. C. Austr. VI. Edizione.

Digitized by Google

CAPO II.

DELLE OBBLIGAZIONI CONDIZIONALI E POTESTATIVE

§. CV. — *Della Ipoteca seguace di una obbligazione contratta sotto una condizione casuale; e come questo articolo sia di assai ovvia e volgare giurisprudenza.*
§. CVI. — *Le quistioni cominciano colle condizioni potestative.*
§. CVII. — *Delle disposizioni legislative su questa materia.*
§. CVIII. — *Delle varie opinioni degli scrittori sulla esistenza o effetto della Ipoteca fondata sopra una obbligazione dipendente da condizione potestativa.*
§. CIX. — *Della giurisprudenza dei Tribunali.*
§. CX. — *È assurdo nel sistema della pubblicità il non riconoscere la validità originale della Ipoteca in condizione potestativa, ed ammetterne la efficacia dal momento in cui venne adempita.*
§. CXI. — *La difficoltà proprio consiste nel conoscere quando si tratti di condizione potestativa per parte del debitore che non ha conseguita dal creditore veruna realtà, e poteva anche non conseguirne; o piuttosto d'impegno reciproco.*
§. CXII. — *Dell'elemento d'ordine pubblico e d'interesse generale che si deve considerare in siffatte quistioni oltre quello che a ciascuna disposizione è speciale.*
§. CXIII. — *Della condizione mista.*

§. CV.

Della Ipoteca seguace di una obbligazione contratta sotto una condizione casuale; e come questo articolo sia di assai ovvia e volgare giurisprudenza.

Promettere con modi e condizioni accordando ipoteca per guarentire siffatta promessa; e promettere puramente e semplicemente dando ipoteca sopra beni sui quali si ha un dominio condizionale o risolubile, sono cose molto diverse; benchè i comentatori

Digitized by Google

francesi sogliano trattare le quistioni relative nella stessa linea di discussione. La prima ricerca appartiene al Titolo delle *Obbligazioni;* la seconda a quello assai più vasto della *Proprietà* ove sarà accuratamente esaminata.

1. L'ipoteca si specchia nella obbligazione; e da essa riceve regola e forma. Delle obbligazioni in diem, o a termine, ci passiamo di leggieri, essendo troppo noto che termine non è condizione; esso ritarda il pagamento, ma la obbligazione è stabilita col contratto (*a*); e la ipoteca si conta da quel giorno.

2. La condizione sospensiva, non essendo qui luogo a parlare della risolutiva, produce degli effetti abbastanza determinati in teorica, quando *è casuale*. La obbligazione svanisce se il fatto non si verifica; ma, verificandosi, si ha come contemporaneo al contratto al quale si retrotrae e dal quale comincia e l'obbligazione e la ipoteca (*b*).

3. Le quistioni che si fanno sulla facoltà di guarentire con ipoteca le *obbligazioni future* non cadono sulle condizioni propriamente dette, che hanno causa nel presente, e al futuro non domandano fuorchè il soffio animatore che risvegli alla vita i germi deposti nel contratto. Noi conveniamo di buon accordo, io di dare, voi di ricevere una cosa, o di farne un'altra, qualora un certo avvenimento lecito e possibile, acquisti una esistenza storica indipendentemente dal fatto nostro reciproco. Noi ci siamo l'un verso l'altro obbligati ad accettare dal preveduto avvenimento il principio d'efficacia e la virtù determinante l'attuazione del nostro accordo. Questo è un fatto giuridico esso stesso, e un contratto valido e operativo sin dalla origine sua, giacchè, se niuno di noi può influire (almeno impunemente (*c*)) sulla nascita dell'evento che si aspetta, niuno di noi può evitarne le conseguenze, come preventivamente acconsentite in un atto per ogni parte obbligatorio.

(*a*) Leg. 1. D. qui pot. in pign. Istit. Lib. 3. T. 16. §. 2.

(*b*) L. qui balneum D. qui potior in pign. et ibi Bart. et omnes.

(*c*) Si ha come adempita la condizione a danno di colui che con dolo vi frappose impedimento. L. 50. in fin. D. de cont. empt. L. 58. in fin. D. de V. O. L. 81. §. 1. D. de condit. eodem.

Digitized by Google

Appartengono a quest'ordine delle ipoteche condizionali, valide dal momento della promessa, quelle che si danno dall'erede ai legatari le cui prestazioni sono sospese da condizione (*a*).

§. CVI.

Le quistioni cominciano colle condizioni potestative.

1. La condizione potestativa, come niuno ignora, è quella che dipende dalla volontà stessa del debitore. Potestà ed obbligazione, sono idee ripugnanti; adunque se facciamo la ipotesi di un contratto stabilito con una condizione potestativa dal lato del debitore, noi diciamo chiaramente che non esiste dal lato suo veruna obbligazione.

Quindi le quistioni ipotecarie di ben grave momento che comparvero più volte al giudizio degli avoli nostri hanno continuato a travagliare le menti in tutti i tempi che seguirono, e sono ancor vive e palpitanti (per usare in sì grave materia una frase da romanzo) malgrado le applicazioni dei nuovi codici, e i ponderosi lavori di scrittori illustri.

2. La specie semplice e comune è questa; che uno si metta a convenire con un terzo di potergli chiedere quando che sia, e secondo a lui piacerà, quelle somme, o quelle merci, o quelle altre cose che a lui saranno opportune; accordandogli sin da questo momento ipoteca sui proprî beni. Si vede che anche in antico questo modo di convenire era usato, come per gli esempî che vengo a recare sarà manifesto. Ma nei tempi odierni, e nei bisogni del presente commercio, un tale contratto acquista importanza grande; essendo frequente il farsi aprire, come dicono, un credito sopra una Banca, in virtù del quale si vanno a prendere i denari che occorrono, e secondo che occorre; costituendosi frattanto una ipoteca a favore e sicurezza del Banchiere sovventor delle somme.

(*a*) Leg. 9. §. 2. D. qui pot. in pign. — Voet ad Pand. Lib. 20. T. 4. N. 30.

Digitized by Google

3. I casi più ovvî sono quelli del fallimento del debitore che, abbia o non abbia ricevute quelle somme medianti le facoltà stipulate, manca al credito; e lascia ai creditori il refrigerio di disputarsi gli avanzi del suo patrimonio.

4. Resta allora il vedere se *la ipoteca sia nulla assolutamente*, perchè non fondata sopra una obbligazione coesistente del debitore; o *se acquisti vigore quando si verifichi il caso della somministrazione delle somme*; e in questo caso, *se la ipoteca debba retrotrarsi al tempo del contratto; o, in confronto dei terzi, acquistare semplicemente la sua data dal tempo dell' effettuate somministrazioni.*

§. CVII.

Delle disposizioni legislative su questa materia.

1. Se ne occuparono i giureconsulti romani, ordinatori sottilissimi della materia delle *condizioni*, e ci tramandarono le seguenti decisioni.

Venivano in concorso due creditori ipotecarî; l'uno con ipoteca, anteriormente costituita, fondata sopra una obbligazione dipendente da condizione potestativa. Tizio aveva data a Sejo una ipoteca *per quelle somme che fosse per ricevere da lui*; facendo ben rilevare il giureconsulto che con ciò non si era obbligato in nulla il datore della ipoteca, il quale poteva anche non ricevere veruna somma se così gli fosse piaciuto. Mosso da questo riflesso (*a*), preferì colui che aveva la ipoteca posteriore in ordine di tempo. *L.* 11. *D. de pignor.*

Simile risposta diede Paolo nella specie portata nella *L.* 4. *D. quae res pignor.* Avendo in animo di farsi somministrar denaro da Mevio, Tizio gli diede a cauzione alcuni fondi in ipoteca; indi vendette alcuni di quei fondi; poi si fece dare il denaro. Questione se il creditore conservasse ipoteca sui fondi già venduti.

(*a*) Sub hac conditione *si volam* nulla fit obligatio. L. 8. D. de oblig. et act. Agg. L. 30. D. de reb. cred. Bart. et Cujac. ad L. qui balneum 9. D. qui potior. in pign.

Digitized by Google

Risposta. Essendo stato facoltativo al debitore di non ricevere, dopo la data ipoteca, veruna somma, in quel tempo, e prima della numerazione, non ci fu obbligazione; quindi doversi limitare la sua ipoteca a quei beni che esistevano in dominio del debitore quando la numerazione fu effettuata.

2. I nostri codici, per quanto io opino, mantennero la dottrina delle leggi romane. Il Codice Napoleone — art. 1174. « Qua» lunque obbligazione è nulla, *quando è stata contratta sotto una » condizione potestativa per parte di colui che si è obbligato* ». Disposizione ripetuta dal *CODICE SARDO* nell' art. 1265, da quello delle *DUE SICILIE* nel 1127; dall' *ESTENSE* nel 1225; dal *PARMENSE* nel 1148.

§. CVIII.

Delle varie opinioni degli scrittori sulla esistenza o effetto della Ipoteca fondata sopra una obbligazione dipendente da condizione potestativa.

1. Non voglio portarmi molto indietro ad esaminare le vecchie dottrine, che sono varie incerte e farebbero un volume. Sulla impotenza della condizione potestativa a partorire obbligazione, convenivan tutti; ma sulle altre quistioni, da noi formulate nel fine del §. preced. portavano difformi sentenze (*a*). Basnage, fra due creditori, l' uno dei quali aveva dato denaro prima dell' altro, preferiva il primo in ragione del tempo della numerazione non già della ipoteca (*b*). Domat osserva che se la convenzione partisse da un mutuo già contratto si avrebbe una obbligazione reciproca valida dall' origine. Tuttogiorno, egli dice, si fanno tali obbligazioni preventive per somme non consegnate, e si

---

(*a*) Per es. Balduin. de pign. C. XI. faceva risalire l' effetto della condizione potestativa al principio del contratto; Voet e Cujacio, che nominerò più avanti, facevan punto fermo al tempo in cui si era verificata.

(*b*) Cap. 6. N. 11.

Digitized by Google

sostengono (*a*). Pothier, toccando la quistione colla punta del dito, non fa che avvertire la nullità originale dell'obbligazione (*b*). Il Merlin, che con rara modestia nella 3.ª edizione, confessava gli errori in cui diceva di esser caduto in quelle altre, volse in mente che il Codice Civile avesse portato un cambiamento al principio delle leggi romane non accordando effetto retroattivo ad una condizione potestativa di cui non si era fatto uso. Merlin ebbe torto nel credere che la giurisprudenza romana fosse diversa. Persil (*c*) fa il caso del banchiere che apre credito ad un terzo a cui fornir denaro secondo i suoi bisogni; e pronuncia questa vera sentenza, che in tal caso (come in quello del manifattore recato dal Merlin (*d*)) — *la ipoteca dee rimontar al giorno stesso della obbligazione ed aver effetto dalla sua data. Nel primo caso il banchiere che apre il credito, è obbligato di somministrarne l'importo a piacere del corrispondente; e nel secondo caso il fornitore e il manifattore hanno rispettivamente il diritto di reclamare la esecuzione del contratto; e la convenzione non s'intende fatta che nella intenzione di una immediata esecuzione.*

Appresso il Grenier, uscendo dalle angustie di una quistione di condizione potestativa, ne piantava un'altra — *di promessa ed impegno reciproco*, facendosi appoggio della famosa *L. qui dotem qui pot. in pign.*, oggetto di tanti studî. Era un'applicazione del tutto nuova di principî conosciuti e valeva una scoperta: tanto era feconda di risultati.

2. Ciò che disse su questo soggetto il re del comento ipotecario merita bene un esame particolare.

» Se la obbligazione, egli così si esprime (N. 474.) dipen-
» desse da una condizione potestativa, allora la ipoteca non a-
» vrebbe effetto retroattivo, *ma comincierebbe ad avere la sua esi-*
» *stenza dal giorno in cui viene adempita la condizione* » (*e*).

(*a*) Leg. civ. Lib. 3. T. 1. Sez. 1.

(*b*) Obbligaz. N. 205.

(*c*) Regime Ipotec. all'art. 2114. del Codice.

(*d*) loc. cit. Di questa specie che nei tempi odierni è divenuta assai interessante, darò spiegazione più avanti.

(*e*) Fondato sulla dottrina del Cujacio e di Voet.

Digitized by Google

Egli dunque si divide dal Grenier, che infatti poco appresso si studia di combattere.

Distingue giustamente fra la condizione potestativa che riguarda il *debitore*, e quella che si riferisce al fatto del *creditore*; e dice che soltanto la prima rende nulla (inutile) la stipulazione. E si propone col Merlin, da cui lo toglie, il seguente quesito che trascrivo per la importanza che ha nella pratica frequente. « Qual è l'effetto della iscrizione ipotecaria presa da Tizio in virtù di contratto rogato avanti notajo fra lui e un lavorante, verso del quale egli si è obbligato (*a*) di somministrargli materie greggie, che il lavorante ha promesso di mettere in opera per conto di Tizio, ipotecandogli un immobile per sicurezza di questa materia sino alla concorrenza di una somma determinata? » Tizio poteva prendere quella ipoteca e farla valere contro tutte le altre posteriori; nè fa ostacolo *la condizione potestativa* che non concerne il fatto del debitore. Tal è il giudizio di Troplong.

Il caso del banchiere che apre un credito, e si fa dare un' ipoteca, si presentò anche a lui (N. 478.). Egli lo trattò nel meschino aspetto di una condizione potestativa, portando la efficacia della ipoteca *al giorno solamente in cui cominciò la sovvenzione pecuniaria*. Il Pardessus, senza contemplare la quistione in un orizzonte molto esteso, e senza proporre il vero motivo, portò sentenza contraria. La specie messa innanzi aveva somiglianza assai prossima a quella pensata da Troplong. Un fabbricatore si era fatto aprire un credito di 20,000 franchi da un negoziante che si era cautato con ipoteca. Il fabbricatore si valse di franchi 15,000 in tempo sano, ma gli altri franchi 5,000 venne riscuotendo nei dieci giorni anteriori al suo fallimento. Questione se il creditore potesse valersi della sua ipoteca di 20,000; oppure si dovessero contare come perduti gli ultimi 5,000 pei quali non si poteva

---

(*a*) Pare che qui la formula del quesito sia erronea. Giacchè seguitando il Troplong nel dire che quella *fu condizione potestativa* per parte di Tizio, bisognerà esprimere il fatto diversamente; e cioè che Tizio *avrebbe somministrata* quella materia a piacer suo; altrimenti la obbligazione sarebbe stata perfetta da ogni parte, nè ci sarebbe più quistione.

Digitized by Google

costituire ipoteca nel decendio vietato. Il Pardessus insegnò la validità originale della ipoteca, per il motivo che *il fabbricante era obbligato sotto pena dei danni ed interessi a valersi del denaro del commerciante*. Vedremo più avanti che questa non era la vera ragione. Il Troplong, fedele al suo errore, fece il viso arcigno a codesta conclusione (N. 656. bis.).

Di uno stesso argomento si giova contro Grenier (N. 479.) dandogli carico di contraddizione, e sostenendogli in faccia, esser falso, che il corrispondente fosse obbligato dal canto suo a servirsi del denaro del banchiere che gli aveva aperto il credito. Ma l'autore da lui censurato aveva levato un volo di cui il Troplong non s'accorse. Il Grenier avea presentita *una promessa reciproca* fra il banchiere e il suo corrispondente (V. sopra N. 1. in fin.), è un impegno che si doveva rispettare nell'interesse del commercio. Più avanti metteremo in luce questa verità importante. Nè credo pure che il Grenier fosse andato molto lontano dal segno, confortando la sua sentenza coll'esempio della *L. qui dotem* della quale pure ci sarà d'uopo parlare nel presente capitolo.

Contuttociò il Troplong tenne fermo contro i *rigoristi*, che non facevano grazia alla ipoteca che statuita, dicevano essi, prima di qualunque obbligazione non poteva sussistere, nè acquistar vita col fatto dell'adempimento; ma una nuova ipoteca si doveva creare. Come motivo, disse che era nato sin da principio *un vincolo di diritto*; ma ciò era contrario al suo proprio sistema, che non riconosce vincolo di diritto nel debitore che si obbliga *sotto una condizione potestativa*. Aggiunge che *i terzi non potrebbero dolersene*, non avendo interesse di farlo. Giacchè se la loro ipoteca è anteriore, primeggia quella del creditore sotto una condizione potestativa; se posteriore, non possono lagnarsi di una iscrizione che ha fatto loro conoscere la esistenza di una ipoteca valida che aveva la prelazione. Il qual argomentare dell'illustre autore non giova alla tesi da lui sostenuta, più che giovi alla contraria. Difatti se noi misuriamo la data ipotecaria dal giorno della iscrizione anzichè da quello della numerazione, lo stesso dilemma ci corre. I terzi non possono mai richiamarsi d'inganno. Se la loro iscrizione è anteriore, prevalgono; se posteriore « conoscevano la esistenza di una ipoteca valida che aveva la prelazione ».

Digitized by Google

3. Il Persil nelle Quistioni (*a*) sosteneva la validità iniziale della ipoteca presa dal banchiere a sicurezza delle somministrazioni future; e fra le altre ragioni, ebbe questa notabile. Se la ipoteca non dovesse nascere che in rapporto e proporzione dei pagamenti che, anche in minime frazioni, si venissero facendo, a dir proprio, non ci sarebbe ipoteca neppure sotto quella data; ma ad ogni pagamento bisognerebbe tenere acconcio un notaio, e in base di quell'atto stipulare una ipoteca nuova; e così fare ogni volta che uno scudo uscisse dalla cassa del banchiere. Il Dalloz che aveva corsa trionfalmente la quistione col facile istromento della *condizione potestativa* (*b*) restò come colpito da questa osservazione del Persil; se non che per rispondere in qualche modo, soggiunse, che fortunatamente tali transazioni sono rare in commercio. E questo era uno sciogliere le difficoltà? Nè potè dissimulare che *il sentimento di Persil era seguito da numerosi autori.*

4. Tarrible (N. 106.) non vedeva nella transazione del banchiere, proposta in esempio, che una *convenzione condizionale* che voleva divenire efficace col fatto del pagamento, ma che faceva rimontare la efficacia della ipoteca al giorno in cui fu iscritta (*c*).

5. Senza far registro di altre opinioni verremo sino al nostro Chiesi tanto benemerito della scienza. Egli rimanda e insieme disapprova sì la dottrina del Troplong che quella del Persil. (Tom. III. N. 537.). Per lui non c'è ipoteca non solo dal momento della numerazione, ma in verun tempo. Un'analisi rigorosa delle leggi romane genera il suo convincimento, che noi rispettiamo, anche senza compiutamente accettarlo.

6. Da ultimo la quistione è stata trattata in modo affatto superiore dal Carabelli. Di questa magnifica trattazione verrà il dire in uno dei §§. seguenti.

(*a*) T. 1. Cap. 4. §. 3.

(*b*) N. 18. Cap. II. Sez. IV. art. 3. E prima di lui Toullier Diritto Civ. fr. T. VI. N. 546.

(*c*) E con lui il Battur N. 283. che cita Rousseau De la Combe.

Digitized by Google

§. CIX.

Della giurisprudenza dei Tribunali.

Citerò alcune decisioni, e domanderò perdono, una volta per sempre, delle dimenticate o non conosciute, in *gurgite vasto.*

Decisione della Corte di Appello di Caen 11 *Agosto* 1811, *e della Corte di Cassazione* 26 *Gennaio* 1814.

Un banchiere aveva aperto credito ad un Bonvoisin per 100,000 lire, con assicurazione ipotecaria. Costui doveva prevenire il banchiere dieci giorni prima, rimettendogli una tratta pel valore che andava a ricevere; il banchiere le avrebbe fatte pagare al domicilio del traente; convenuta una provvisione del mezzo per 100; obbligo rispettivo di dare avviso tre mesi prima del tempo in cui intendevano di far cessare le operazioni. Bonvoisin se ne vale e riceve denaro; indi cade in fallimento, e nata quistione sulla validità della ipoteca, una prima sentenza l'annulla; ma quei Tribunali la giudicano valida ed efficace *sino dal momento della iscrizione*, riconoscendo nel contratto meno una condizione potestativa che una obbligazione reciproca.

Decisione 12 *Gennaio* 1817 *della Corte d'Appello di Brusselles*, che giudicò in modo diverso un caso analogo; se non che ivi mancavano le prove delle somministrazioni (*a*).

Varie decisioni con risoluzioni diverse vengono citate nell'opera del Dalloz. Si ricordano tre decisioni della Corte di Berlino, 12 *Aprile* 1839; 6 *Decembre* 1841; 23 *Giugno* 1842. per validità della iscrizione. Ma altre sentenze dello stesso Tribunale tennero il contrario, annullando la ipoteca. *Decisioni* 23 *Gennaio* 1837; 24 *Maggio* 1840; 7 *Aprile* 1841; 27 *Luglio* 1842.

La terza Camera della Corte di Brusselles con decreto 27 *Decembre* 1843 si attenne alla massima della validità incipiente dall'atto della numerazione. *Il Journal du Palais* (*b*) riferisce molte

---

(*a*) Repert. Merlin. Ipoteca §. III.

(*b*) T. 1. 1837. pag. 169. e 393. T. 11. 1840. pag. 227. T. 11. 1841. pag. 746. ecc.

Digitized by Google

decisioni dei Tribunali di Francia, generalmente favorevoli a quelle dottrine che ammettono la validità *primitiva* della iscrizione, in forza di un credito aperto, eziandio non realizzato che in parte (*a*).

E questa è la tendenza spiegata dai Tribunali anche in tempi più recenti.

La Corte reale di Parigi terza Camera Decis. 29 *Agosto* 1841 (*b*).

La Corte di Besançon Dec. 30 *Novembre* 1848 (*c*) — *la Corte di Rouen Dec.* 19 *Gennaio* 1849 (*d*) — *la Corte di Appello di Parigi* 15 *Gennaio* 1852 (*e*) portarono tutte la stessa sentenza.

§. CX.

È assurdo nel sistema della pubblicità il non riconoscere la validità originale della ipoteca in condizione potestativa, ed ammetterne la efficacia dal momento in cui venne adempita.

1. Tenendoci adunque alla giurisprudenza dei Tribunali, la massima sembra decisa in favore della validità primitiva della ipoteca. Resta solamente appagare la curiosità della scienza; vedere come si concilii questa dottrina del fatto pratico colle prescrizioni delle leggi romane e di quelle che nei codici d'imitazione si riscontrano concordi (*f*); trovare una ragione d'analogìa in quelle disposizioni che danno alla ipoteca di apparente obbligazione futura una potenza incontrastabile; e in una regione più elevata d'idee investigare una causa logica, e d'interesse generale.

Tutto questo ha fatto con grande studio e amore il Carabelli nel §. VI. Parte I. del suo Diritto ipotecario del Lombardo-Veneto. Accordandomi con lui negli argomenti principali, in qualche luogo

---

(*a*) Troplong Comment. des Comment. Edit. Bruxelles pag. 481. 482.

(*b*) Giornale del foro Pontificio ann. 1841-42. pag. 62. T. 2.

(*c*) Detto ann. 1849—50. T. 1. pag. 376. ove si ricordano altre decisioni conformi.

(*d*) detto ann. 1851. T. 1. pag. 60.

(*e*) detto ann. 1852. T. 1. pag. 381.

(*f*) §. CVII. N. 2.

Digitized by Google

modificherò quelle opinioni, seguendo la parsimonia del mio stile necessaria in sì vasto lavoro.

2. È certo che nei paesi governati dal diritto comune le leggi da noi ricordate sulla inefficacia, almeno iniziale, di una ipoteca fondata sopra una condizione meramente potestativa dal lato del debitore, sono in pieno vigore. Non diremo delle leggi napolitane, sarde, parmensi, ed estensi che sembrano anche più decisive (*a*).

3. È diversa la disposizione del *Codice generale Austriaco?* Essa non parla che delle condizioni propriamente dette, delle sospensive e risolutive (§§. 696. 897. e segg.); mostrando di non avere in considerazione le *potestative*, e sostituendo un silenzio non meno eloquente alle altrui dichiarazioni espresse. Laonde quanto verremo toccando di questo tema difficile si conviene ugualmente ad ogni legislazione civile che domina per Italia.

4. E prima di tutto bisogna fermare quella giurisprudenza, oscillante sul fatto e sul tempo della efficacia ipotecaria in condizione potestativa. Il nascimento della ipoteca *in un tempo intermedio*, levandoci con riverenza il berretto a tutti quelli che pensarono altrimenti, a noi sembra una cosa assurda e strana ai principî del nostro sistema. Una tale trasformazione era possibile nella negazione di ogni apparato estrinseco quando le ipoteche erano occulte. Ma dove ogni ipoteca, in faccia ai terzi, prende vigore dalla iscrizione, non può concepirsi una ipoteca nullamente iscritta, che da un fatto posteriore si ravviva, non già per far rifluire la vita al momento della sua iscrizione, come nei fatti condizionali, ma per acquistare una esistenza posteriore, e una data diversa da quella di essa iscrizione. Grave ferita sarebbe questa, e intollerabile controsenso, nell'ordinamento della pubblicità ipotecaria. Il terzo che acquista, o scrive ipoteca, si è convinto dall'esame dei titoli che la iscrizione precedente è nulla, e che può andar avanti senza pericolo. Ha per se la legge negli Stati regolati dalle idee francesi (*b*); e anche dove non è sì aperta la parola

---

(*a*) §. CVII. detto.
(*b*) Cod. Civ. art. 1174. V. §. CVII.

Digitized by Google

del legislatore, riposa pur sempre nella regola fondamentale, che ogni ipoteca convenzionale dev'essere iscritta, e ogni prelazione ipotecaria si conta per date. Cosa è mai il fatto della numerazione intermedia? Come si prova? Da quai documenti risulta? Si tornerebbe forse alle dimostrazioni testimoniali, alle disquisizioni di natura interna e privata, per raccoglier quel fatto, e metterlo in sodo contro la legittima eccezione del terzo? Deh, se vi basti il senno, o giuristi, non risuscitate questa dottrina. E sarà pur mestieri fare una iscrizione nuova, che si fondamenti nella obbligazione che nacque allora soltanto che il libero arbitrio di chi null'avea promesso si decide di approfittare della fiducia, e si vincola alla restituzione col fatto dell'accettazione.

Perciò in questo disse benissimo il Chiesi (*a*). Dissero anche bene e Voet e Cujacio e Domat e Pothier che ragionarono col principio delle leggi romane, dalle quali può argomentarsi quello strano rinascimento avvenuto lungo la strada (*b*). Non ha nessuna ragione il Troplong (*c*): e gli errori degli uomini famosi bisogna segnalarli affinchè non nocciano. Come mai ha potuto dire che la *iscrizione è valida*, quando l'art. 1174 la voleva nulla? Una tale *nullità non era radicale ed assoluta*. Cos'era dunque? Conosciamo noi forse in subbietto d'iscrizioni *delle nullità relative? La nullità è sanata!* E le nullità delle iscrizioni di cui i terzi fecero legittima stima spostando le loro facoltà economiche a vantaggio del debitore, il che non avrebbero altrimenti fatto, sono forse sanabili? Egli, il Troplong, si vanta perciò *di non essere un rigorista* (§. 480. in princ.). Male assai: tutto è rigorismo nell'ordine ipotecario; vera disciplina militare che non distingue nè perdona.

(*a*) V. il nostro §. CVIII. N. 4. E prima di lui il Delvincourt T. 3. pag. 159. N. 3. Battur. T. 2. N. 283.

(*b*) La L. 11. D. qui pot. in pign. e la L. 4. quae res pignoris, già citate. V. §. CVII. N. 1. fanno pensare che se realmente la numerazione fosse seguita, da quel momento sarebbe nata la obbligazione ipotecaria.

(*c*) V. §. CVIII. N. 2.

Digitized by Google

§. CXI.

La difficoltà proprio consiste nel conoscere quando si tratti di condizione potestativa per parte del debitore che non ha conseguita dal creditore veruna realtà, e poteva anche non riceverne; o piuttosto d'impegno reciproco.

1. Bisogna qui porre un principio regolatore di tutta questa controversia. Che giudizio si deve dare della *potestà* del debitore che acconsente una ipoteca, e nondimeno non si obbliga punto? Perchè il promissore della ipoteca abbia a dirsi sciolto da ogni obbligazione, è necessario che il creditore della ipoteca lo sia del pari? Se noi supponiamo in questo una obbligazione già incontrata verso il promissore della ipoteca, si potrà poi dire che costui è sciolto da ogni obbligazione correlativa, e che nullamente ha impegnati i propri beni?

Ecco un vedere la quistione che non è più nuovo, dopo il presentimento del Grenier (*a*), e il recente insegnamento del Carabelli (*b*). Verità mi sforza a dire ch'esso ha superato tutti gli espositori di questo articolo di diritto con quel pensiero luminoso, onde spiega il fenomeno giuridico mediante *la legge generale del credito*. Debbo fare omaggio alla sua scoperta usando le stesse sue parole. « L'uomo può soccorrere in credito, non solo colle » sue facoltà economiche, ma anche colle sue facoltà morali, colle » sue prestazioni, colle sue obbligazioni civili. Grandissimi ser- » vigi può prestare l'uomo fiducioso coll'intromettersi colle com- » mendatizie, colle fidejussioni, coi mandati. Prestati che li ab- » bia, divien creditore; la legge generale del credito ha funzio- » nato; il debitore se n'è avvantaggiato allargando la cerchia del- » le sue libertà, delle sue facoltà economiche; delle quali può

(*a*) V. il nostro §. CVIII. N. 1.
(*b*) detto §. N. 6.

Digitized by Google

» tosto valersi a suo grand' agio; valersene o non valersene, così » in bene come in male, a tutto suo arbitrio (*a*) ».

2. La quale dottrina può parere a certuni difettosa per soverchia astrazione; ma facendoci intorno un po' di lavoro, e appressandovi il lume di qualche distinzione, può rendersi palpabile. Malgrado ciò, chi volesse pigliarsi l' incomodo di confrontare la mia esposizione con quella dell' illustre milanese, vedrebbe che io mi diparto non poco da lui nel modo della dimostrazione.

3. Io penso che mancasse agli antichi la opportunità di sollevare la quistione a quei termini d' interesse generale nel cui aspetto si presentano oggidì certi fatti, specialmente commerciali, che inciampando in quelle teorie sembrano esserne dominati, e lasciano un varco pericoloso alle dispute forensi. Non diremo adunque che quei giureconsulti volessero decidere una quistione diversa da quella che decisero difatti; essi parlarono puramente e semplicemente della *condizione potestativa*; e della condizione potestativa, e non di altra cosa parlò il codice di Francia nell'art. 1174. Di quella cioè che rappresenta nel debitore una facoltà liberissima, non correlativa ad altrui obbligazione, nè di altrui diritti offensiva. Stando adunque ai termini delle specie di fatto, visitate da Cajo e da Paolo, non si può concepire una obbligazione dal lato del debitore; e quindi non c' è contratto. Questo è il senso vero e pretto di quelle dottrine; senzachè si dovrebbero giudicare erronee e false tutte le interpretazioni uscite sino a noi, e ciechi tutti quanti gli espositori del diritto romano; e per verità, par troppo. Bisogna dunque accettare questa credenza; che cioè nelle specie considerate dai giureconsulti, non si contenessero quegli elementi o d' interesse pubblico o d' impegni correlativi che noi troviamo nel fatto di un banchiere che apre un credito e prende per cauzione una ipoteca. Così è. Altro è il

---

(*a*) Part. 1. Cap. 1. §. VI. pag. 155. La formula in via di teorema preposta dallo stesso Carabelli dichiara anche meglio il suo concetto. — *Quando il promissore medesimo prima di divenire effettivamente debitore si avesse attribuito in un contratto o con un proprio fatto alcuna facoltà, dagli effetti della quale abbia bisogno il creditore di premunirsi. . . .*

Digitized by Google

dire, chiedendomi voi del denaro, ed io rispondendo in effetto alla vostra domanda, intendo fin d'ora di voler cautate con ipoteca le somme che sarò per darvi; ed altro è il dire di un banchiere, negoziante, uomo d'affari e di commercio: sin da quest' ora vi è aperto un credito sul mio banco, sul mio negozio, sulla mia cassa. Il primo in sostanza non s'impegna propriamente in nulla; il secondo si reputa tenere continuamente disponibile una somma a servigio del richiedente; somma che può concepirsi anche rilevantissima; il primo non risente verun incomodo, e stipulando una ipoteca non ha che il vantaggio della cauzione anticipata per il caso possibile delle somministrazioni; il secondo diminuisce la forza effettiva della sua facoltà commerciale, vincolando la libertà di una parte del suo denaro, che non può più impiegare in altra guisa. Quando un banchiere e un negoziante venisse moltiplicando siffatti impegni, potrebbe arrivare un momento che la sua facoltà di promettere fosse già esaurita. Ogni impegno ch'ei prende senza correspettivo presente, lo vincola, e gli toglie gradatamente il potere di altri simili impegni, gettandolo oltreciò in quella incertezza del futuro esito, sopramodo dannosa ai commercianti (*a*). Che in tale stato di cose egli non abbia tampoco acquistata una data ipotecaria che sin d'ora lo assicuri dai pericoli delle somministrazioni che sarà per fare, ripugna alla ragione, e ufficio di legge iniqua sarebbe il vietarlo. Ad ogni somministrazione uno scandàglio delle facoltà del debitore; un esame delle sue condizioni ipotecarie sopra certificati sempre rinnovati, onde ad ogni somministrazione minuta e corrente costituire una ipoteca nuova, pare una facezia; qual banchiere o negoziante sarebbe paziente di codesti impacci; e quanti affari, d'importanza e di scopo sconosciuti agli antichi, andrebbero perduti!

4. È cosa singolare che i Tribunali si sono dati, con una specie di parola d'ordine, a sostenere con disdegnosa energia la massima della validità originale della ipoteca, sentendo come per istinto che un gretto interpretare delle leggi antiche contrasta alla

---

(*a*) È questo in fondo il pensiero di Persil, male a mio avviso, censurato dal Chiesi.

Digitized by Google

condizione dei tempi. Presso che tutti furono nel dire (*a*), che in quei casi non si trattava di *condizione potestativa;* bisogna però convenire che nella dimostrazione di questo vero non ogni decisione è stata felice del pari. Ma il fondamento comune è sempre in quel fatto della *obbligazione reciproca*, antiveduta dal Grenier. Il banchiere non vi ha ancor dato il suo denaro, ma vi ha partecipato il suo credito. Non vi ha dato una facoltà materiale, ma una morale che nel mondo del commercio, le più volte, vale lo stesso. Ve ne siete giovato, rialzando il sentimento della vostra situazione, ampliando le vostre relazioni, estendendo il vostro credito, facendo base a nuove e più vaste speculazioni della certezza che vi siete procacciata che non vi mancherà il denaro. E tutto questo è niente? E tutto questo non v'impegna in veruna maniera? E diremo ancora che il debitore è libero di fare e non fare; e fu uno scherzo la sua obbligazione ipotecaria?

5. Si può esser creditori di una ipoteca, e non di una somma determinata o indeterminata. Perciocchè in moltissimi casi, come sarà visto a suo luogo, si può aver diritto ad una cauzione per lo timore di un danno futuro. Per sostenere che colui a cui vantaggio si è aperto il credito non ha obbligazione veruna, quantunque scritta e confessata, converrebbe poter provare che il banchiere non ne ha assunta alcuna verso di lui. Ma il fatto rimanda la ipotesi. Ora in contratto bilaterale, e di sua natura correspettivo, l'obbligazione di una delle parti forma insieme il suo diritto. Io sono *creditore* della cauzione perchè vi ho date le facoltà e i vantaggi corrispondenti; voi dunque mi siete *debitore* della assicurazione che ho da voi stipulata. E colla obbligazione cessa la idea della potestà. Vi resta solamente quella di ricevere il denaro, e di costituirvi mio debitore pecuniario e reale. Ma a stabilire la validità originaria della ipoteca, basta che voi mi foste *debitore della cauzione;* che non mi foste ancora debitore di somme, non monta. Quando ciò accadrà, si dovrà l'evento ricongiungere alla ipoteca, e come fosse stato contemporaneo, secondo il diritto di ogni condizione sospensiva. Sta in voi adunque

---

(*a*) Come dall'esame delle decisioni sopra riferite §. CIX. si può vedere.

Digitized by Google

il non diventare mio debitore pecuniario, e a ciò si riduce la vostra *potestà;* ma non dipende da voi il mutare la base fondamentale del nostro accordo quanto ai termini delle garanzie; e in ciò consiste la vostra obbligazione. Allora cesserà il diritto d'ipoteca *quando il prestito non sarà più possibile o per fallimento del debitore; o per altre cause pattuite, o il termine sia scorso; o la convenzione sia rescissa; o formalmente annullata.*

§. CXII.

Dell' elemento d' ordine pubblico e d' interesse generale che si deve considerare in siffatte quistioni oltre quello che a ciascuna disposizione è speciale.

1. Ai difensori di questa tesi si offrono nelle legislazioni casi solenni ed esempi illustri di obbligazioni ipotecarie, anteriori a qualunque debito pecuniario, e che sembran dare, quasi direi, una mentita ai responsi di Cajo e di Paolo (*a*). Guardiamoci da un soverchio generalizzare; qui c'è dell'individuale più di quello che si crede. Quelle decisioni dei giureconsulti furono ottime nelle specie anguste e private che aveano sott'occhio; noi ne proclamiamo una diversa nel giro dell'interesse commerciale, a circostanze più gravi e non considerate da quegli antichi; altre leggi, altre dottrine risolvono quistioni che dai loro rapporti politici e sociali acquistano un diverso carattere.

2. Oggi si rimette in problema la decisione di Papiniano riportata nella celebre legge *qui dotem* 1. *qui pot. in pign.* Prima che la dote fosse numerata, il marito diè cauzione ipotecaria di restituirla. Avvenne poi la numerazione in parte; il marito soppose ad altra ipoteca lo stesso fondo; indi fu numerata l'altra parte del denaro dotale. Quel sommo decise che la ipoteca data dal marito alla moglie primeggiava sì pel denaro contato innanzi, sì per quello dato dopo la seconda ipoteca. La ragione che ne disse fu questa — che non c'era di mezzo condizione potestativa;

(*a*) §. CVII. N. 1.

Digitized by Google

perchè non era in facoltà del marito rifiutar la dote, *ut minus dotata mulier videatur*. È arduo contrastare a Papiniano la verità di questo criterio. Lasciamo stare che ella è una spiegazione accettata universalmente; ma essa è tale che persuade coll' annunciarsi.

Ammettendo la conclusione, non piace il motivo. Dice il Carabelli, che il marito poteva benissimo rifiutare la dote senza cessar riverenza al giudizio papinianèo. E non vuol veder altra causa del decidere, fuor quella fondata nelle ragioni del Credito; nella *facoltà* che il marito acquistava; nella *libertà* economica che perdeva lo suocero: l' applicazione insomma unica ed esclusiva della sua teoria che io ho pur tanto lodata.

3. Nella indipendenza delle nostre opinioni mi permetto osservare, che non sempre la ragione legale risponde alla ragione metafisica delle cose; che del resto il tener per vera quella adotta dal recente scrittore non è lo stesso che giudicar falsa quella dell' antico: possono esser vere entrambe, e lo sono.

4. Nè merita neppure di esser rinviata quella che riconosce nel favore della decisione una specie di privilegio dotale. I nostri ordinamenti ipotecarî riboccano di codesti privilegî di donne, di pupilli, di Stato. Una metafisica sottile potrà persuadersi di aver avuto anch' essa un luogo distinto nelle considerazioni secrete del legislatore; ovvero nell' aspetto scientifico, potrà valersi del suo diritto di giudicare le cose secondo la loro natura, anzichè dalle cause accidentali e mutabili. Ma la giurisprudenza si attiene a quella ragione che più fortemente mosse l' animo del legislatore; a quella che più lucidamente si manifesta; *la causa prossima* infine del disporre; senza molto investigare le più remote e possibili, per le quali possiamo esser tratti in mala interpretazione del pensiero legislativo.

L' innegabile favore delle doti, quello delle amministrazioni pupillari e interdittali, quello delle aziende fiscali, si toglie primamente e soprattutto dall' interesse superiore che hanno tali cause nell' ordine della società civile costituita come si trova. E da questo motivo supremo, meglio che da ogni altra metafisica considerazione, furono prodotte quelle specialità legislative.

5. Contuttociò l' aver messo innanzi quegli esempi, e l' avervi aggiunto quello delle ipoteche anticipate per causa di frutti non

Digitized by Google

ancora scaduti, e che si conservano per un triennio colla iscrizione del capitale; e l'uso frequentissimo delle banche che s'impegnano in somministrazioni pecuniarie, anco verso i Governi, con preventive assicurazioni, mostrano e fanno aperto che non ci può esser nessuna assurdità logica nel fondo del sistema giuridico che riconosce la giustizia di codesti fatti; e danno luce, che un principio più elevato di quello che basti a giudicare di una semplice condizione potestativa, signoreggia siffatte quistioni. E questo principio è la *legge del credito*, antica come il mondo, ma che nei tempi che corrono acquista ogni giorno nuove applicazioni.

§. CXIII.

Della condizione mista.

« La condizione mista è quella che dipende contemporaneamente dalla volontà di una delle parti contraenti e dalla volontà di un terzo (*a*). Quando questa condizione si verifica, risale al tempo del contratto; e la ipoteca si conta da quella data (*b*). Intendi, qualora la condizione dipenda dalla volontà del *creditore* e di un terzo; non da quella del *debitore* e del terzo; come si dicesse, io vi *darò cento se sposerò mia cugina*. In tal caso la condizione è evidentemente potestativa.

(*a*) Cod. Franc. art. 1171. delle due Sicilie art. 1124. di Sardegna art. 1262. di Modena 1222. di Parma 1145. Richer. Jurisp. V. 6. §. 58. Vol. 10. Pothier Obb. N. 201.

(*b*) Grenier Tom. 1. N. 25.

Digitized by Google

TITOLO III.

DELLA PROPRIETA' E DEL DOMINIO

CAPO I.

LA PROPRIETÀ E DOMINIO DEL DEBITORE DEVONO COESISTERE ALLA DAZIONE DELLA IPOTECA SPECIALE, E ALLA SUA ISCRIZIONE

§. CXIV. — *Ricerche sulle nozioni di proprietà e dominio.*

§. CXV. — *Perchè la proprietà del debitore ipotecante debba verificarsi tanto nel tempo della costituzione ipotecaria, quanto in quello della sua iscrizione.*

§. CXVI. — *Stabilire il punto in cui si acquista il dominio onde conoscere a quale dei due creditori successivamente iscritti debba darsi la preferenza.*

E della Tradizione — Stato Pontificio. Diritto comune.

§. CXVII. — *Dello stesso soggetto secondo la giurisprudenza dei codici d'imitazione francese.*

§. CXVIII. — *Dello stesso soggetto secondo il Codice Austriaco.*

E della notificazione governativa 16 *Marzo* 1816.

§. CXIX. — *Continuando l'esame del Codice Austriaco, se nel secondo compratore sia necessaria la buona fede.*

§. CXX. — *Della voltura estimale prescritta dalle leggi Toscane.*

§. CXXI. — *Che debba dirsi della iscrizione eseguita nel giorno medesimo della vendita, non risultando veruna priorità o posteriorità momentanea.*

Digitized by Google

§. CXIV.

Ricerche sulle nozioni di proprietà e dominio.

1. *Dominio:* potenza che regola che governa e dispone. *Proprietà* fu definita « Il diritto di godere o disporre delle cose nel» la maniera la più assoluta, purchè non se ne faccia uso vie» tato o dalle leggi o dai regolamenti ». *Art* 544. *del Codice francese. Art.* 469. *del Codice delle Due Sicilie. Art.* 439. *del Codice Sardo. Art.* 487. *dell' Estense.*

Al Codice di Parma e Piacenza piacque il vocabolo *Dominio* in luogo di *proprietà;* e lo definì ugualmente « Il dominio è il » diritto di godere e disporre della cosa nella maniera più asso» luta, purchè non se ne faccia un uso vietato dalla legge » Art. 403. Pose la *proprietà* nella linea subalterna « il diritto di dispor» re della cosa costituisce la proprietà ». Art. 404. E appresso una limitazione. « Il diritto di solamente godere della cosa costituisce » l'usufrutto » art. 405. Poi da questi elementi ricompose non più la *proprietà*, ma il dominio. « L' unione di questi due diritti forma » il dominio perfetto » art. 406. E ulteriormente « Se l' uno di » questi due diritti in tutto o in parte sia disgiunto dall' altro, il » dominio è imperfetto ».

Invece il Codice Generale Austriaco si esprime « Dicesi *pro*» *prietà* di alcuno tutto ciò che gli appartiene, tutte le sue cose » corporali e incorporali » §. 353. « La proprietà considerata co» me diritto è la facoltà di disporre a piacimento e ad esclusio» ne di ogni altro delle sostanze e degli utili di una cosa » §. 354.

2. *Dominio*, per ciò che abbiam detto (N. 1.) ha un significato più vasto ed elevato di *proprietà*. Vedemmo i Codici scambiarsi i nomi e definirli in ugual modo: ma in qualche parte dee giacere l' errore. *Il dominio* del Principe non può chiamarsi proprietà. Regge lo Stato, governa i sudditi; ma il Principe non ha i sudditi in proprietà. Ha il dominio dell' esercito il generale; ma il generale non ha la proprietà dell' esercito. Alcuni grandi signori hanno la *proprietà* di certi *reggimenti*, senza nè comandarli nè dominarli. Dominio e proprietà si estendono largamente nell' astratto,

Digitized by Google

ma con assai diversi attributi. Il dominio potentissimo della opinione non è di sorta proprietà; e le proprietà della materia, quelle dei corpi organici, quelle degli animi forti e coraggiosi, non han che fare col dominio. Dominio è potenza e signoria; proprietà è semplicemente un attributo metafisico che esprime il rapporto che passa fra la cosa e la persona, in quanto questa può disporne in modo esclusivo. Proudhon ci lasciò desiderare queste nozioni in un libro intitolato del *dominio e della proprietà* (*a*). Solamente avvisò che a dir esatto, *la proprietà costituisce l'oggetto a cui si applica il dominio.* E questo è vero; ma subito soggiunse, che nella pratica si confondevano (*b*).

3. Neppure, nel senso strettamente giuridico, *dominio e proprietà* possono aversi per sinonimi. Ci burliamo! Non abbiamo sinonimi nella lingua comune, che gode tanta libertà di locuzioni e di frasi; e ne avremo nel linguaggio della scienza, e ne'suoi concetti fondamentali! La definizione della Proprietà recata dai testi trascritti, è veramente quella. Il diritto di dominio non è che la *conseguenza*, e la procedenza logica del diritto di proprietà. Io sono padrone, (dominus) perchè sono proprietario; non sono proprietario perchè sono padrone. Ecco ragione per cui ho anteposto in questa esposizione il vocabolo *proprietà* a quello di *dominio.* Quel concetto non è solamente fondamentale, ma complesso eziandio, e *nella facoltà del disporre*, che pur le conviene, racchiude altresì la idea del *dominio.* Il quale, suonando la potenza del fare il piacer suo di una cosa, correlativamente alla natura della cosa che si ha in dominio, considerato nell'aspetto

---

(*a*) Ch'era meglio intitolare della *Proprietà* e del *Dominio.*

(*b*) E alluse certamente all'uso pratico la Rota dove disse *proprietas idem sonat quam dominium* — Pisaur. seu 4 Dec. 1826. cor. Marco. Non osta quel dire di Nerazio — L. 13. D. de adquir. rem. dom. — Si procurator rem meam mihi emerit, eique sit tradita meo nomine, *dominium* mihi *idest proprietas* adquiritur etiam ignoranti. Poichè bisogna ripetere che i pronunciati scientifici non si ricercano dalla legge ma dalla scienza; inoltre è cosa vera che proprietà e dominio si trasmettono del pari colla tradizione accompagnata dalla volontà, sendochè il secondo è la immediata conseguenza dell'acquisto della prima.

Digitized by Google

giuridico; riposa nella proprietà *come nella sua causa.* Il carattere vero della proprietà è nella disponibilità esclusiva. *Proprio* è quello che non è d'altri; e che limita i diritti di tutti gli altri proprietari del mondo in confronto del mio. Non fu dunque una buona innovazione quella del Codice di Parma. Talvolta però abbiamo bisogno di segnalare i limiti della proprietà togliendoli semplicemente dalla facoltà del disporre, ossia dalla estensione del dominio. Da ciò il *dominio diretto*, e *il dominio utile*, che meglio di proprietà diretta o utile si viene appellando. L'enfiteuta non ha a dir vero proprietà in senso rigoroso, benchè abbia una disponibilità relativa.

§. CXV.

Perchè la proprietà del debitore ipotecante debba verificarsi tanto nel tempo della costituzione ipotecaria, quanto in quello della sua iscrizione.

1. Il dominio, o la disponibilità fondata nel diritto di proprietà, è necessario a verificarsi *actu* nel debitore che dispone del bene immobile, ipotecandolo. Questo principio non ha bisogno di dimostrazione. Esso è accertato dalle *LL.* 15. §. 1. *D. de pign. et hyp.* — 6. *Cod. si aliena res pign.*, *dalla C. Cod. quae res pign.* 23. *D. de probat.* e in molti altri luoghi delle nostre fonti (*a*).

2. Non può dubitarsi della concordia di alcuni dei moderni codici su questo principio. Lo dissero chiaramente nella obbligazione che ingiunsero di contrassegnare coi confini *ciascuno degl' immobili attualmente appartenenti al debitore.* Art. 2129. del Codice Francese; 2105 del Siciliano.

Condizione della ipoteca convenzionale è la presenza della proprietà, anche nel pontificio §. 126., nel Sardo art. 2189. 2190; in quello di Toscana art. LXXII.

(*a*) Si poteva vendere, ma non oppignorare la cosa altrui. Mi riporto al §. XX. ove ho fatto ragione della differenza, salvo ciò che dirò in appresso.

Digitized by Google

All' incontro il Codice di Parma, art. 2183 e l' Estense allo stesso numero, fanno capace la ipoteca convenzionale anche dei beni futuri.

Altri dirà se questo sia un progresso (*a*). Ne riparleremo altrove. Il Codice Austriaco si tenne al principio delle leggi romane nello spirito evidente dei §§. 447. 450. 451. 457. 1368., e più nella celebre Patente del 1826. che tutte le ipoteche riduce alla specialità (*b*).

3. Base della ipoteca speciale è *l' attualità* del dominio. Esso dev' esistere nel debitore in due tempi; *in quello in cui la ipoteca si costituisce; e in quello in cui s' iscrive.* Senza che nel primo caso mancherebbe la podestà di costituirla; nel secondo quella di renderla efficace. Se nel mezzo tempo il bene ipotecato fosse partito dal dominio del debitore, è chiaro che non potrebbe più raggiungersi colla iscrizione. Studiare i caratteri estrinseci dell' alienazione che toglie la facoltà d' iscrivere a carico del debitore alienante, è materia che deve rivedersi nel Titolo della *Trascrizione.* Tuttavia molto si deliba dell' argomento nella quistione seguente che a questo luogo appartiene.

(*a*) V. il nostro §. XIX.

(*b*) *In pignore oportet ut jus constituatur in re.* L. 41. ff. de pign. act. Ma la generalità a cui si lasciò andare la giurisprudenza romana anche nelle ipoteche di patto, e che i citati due codici non dubitavano di riprodurre a peggioramento dello stesso sistema francese, feriva quel principio nel cuore, e gli toglieva proprio la vita. I commentatori francesi rannodandosi intorno al loro codice, vantavano giustamente la saggezza di quella disposizione. Troplong la chiamava *una delle innovazioni più notevoli del nuovo regime ipotecario.* — N. 516.

Digitized by Google

§. CXVI.

Stabilire il punto in cui si acquista il dominio onde conoscere a quale dei due creditori successivamente iscritti debba darsi la preferenza. E della Tradizione.

Stato Pontificio. Diritto comune.

1. Noi fingiamo due o più creditori in presenza, con ipoteche iscritte in tempi diversi, e da diversi debitori acconsentite, ma disputanti quale di esse ipoteche debba valere, se quella che ha per se la prerogativa del tempo, o l'altra che sola si ritiene aver colpita la proprietà del debitore nel supposto che il primo vendente non l'avesse allorchè costituì la ipoteca (*a*).

2. Ciascuno di codesti creditori ipotecarî, facendo forza sul *titolo* dei rispettivi autori, porterebbe la quistione sul campo della proprietà, e c'inviterebbe alla ricerca di quegli esordî ove la vita giuridica del diritto di proprietà incomincia. Se la proprietà fu già acquistata dal primo alienatario, è chiaro che senza il voler suo non si poteva al secondo trasferire; onde il costui creditore ipotecario perderebbe ogni virtù per lo peccato originale dell'autor suo. L'acquistare è in molti modi, ma investigarli per minuto sarebbe digressione smisurata. È uopo fermarci a quell'apparato estrinseco dal quale l'intelletto umano percepisce il fenomeno della traslazione.

3. Qualcosa dovrà pur apparire onde si conosca nel mondo esterno che la traslazione è avvenuta. Se un essere intelligente dee rispettare quel fatto per trovare in esso un ostacolo che lo rimuova dalla idea di una legittima appropriazione, i suoi sensi dovranno pur essere colpiti da qualche segno esteriore che metta in palese quella realtà.

(*a*) A. che aveva acquistato da B. e che si crede proprietario, dà una ipoteca a C. Ma non aveva avuta la tradizion del fondo che passa in D. per fatto dello stesso venditore. Questo D. dà a sua volta una ipoteca a E. che la iscrive come C. ma in tempo posteriore.

Digitized by Google

Chiuso nella mia stanza, fra domestici testimoni o senza, con privata scrittura o verbalmente, vendo a voi un mio fondo; e seguito a ritenerlo; e voi, che siete un buon uomo, non curate di averlo in possesso; e le cose rimangono in questo stato. Ma tenendovi nonostante padrone per la fede di quel contratto, voi date in ipoteca il fondo stesso al vostro genero in garanzia della dote della figlia. Ovvero siete percosso da una ipoteca generale. Intanto io vendo la stessa cosa ad un altro; a cui subito la consegno, e costui, diligente, pubblica l'acquisto nel Catasto e nell'ufficio delle Ipoteche. Difficilmente il creditore ipotecario del primo acquisitore potrebbe vincere il secondo che si circonda di tanta esteriorità. Eppure il primo, poveretto, ha ragione; per lui sta la verità morale; ma qui ci sarebbe una verità giuridica, che rapirebbe il monile alla sorella maggiore.

Siano dunque lodate quelle istituzioni che stabiliscono chiaramente la forma esterna degli acquisti; e torniamo ad augurarci un sistema tavolare all'uso germanico (*a*). Ma dove non è data codesta espressione solenne, bisogna cercarne un'altra, e partire da qualche punto.

4. Ciò che siamo a dire del sistema romano si applica principalmente *allo Stato Pontificio* che vive con quella ragione.

Se il nostro *Censo*, benchè creato nel diretto intento dei pubblici tributi, potesse fungere, in modo ugualmente positivo e giuridico il doppio ufficio di rivelare la storia delle private acquisizioni, la ricerca sarebbe inutile. Ma non vi ha nulla di più comune fra noi, il Censo non provare la proprietà; anzi nemmeno il possesso. Basterebbe l'accennare a quei quattro mesi di sospensione che ogni acquisitore gode prima di essere percosso dalla multa; lasciando stare che molte volture si fanno assai più tardi, irregolarmente, e talvolta non si fanno affatto; il che nei tempi passati era assai usitato. Ma in quattro mesi, mezzo mondo passa da una mano all'altra; e qual guida mi soccorre per comprender bene che il mio debitore aveva in se tutti i numeri del proprietario, e tutti i diritti della disponibilità?

(*a*) V. §. LIV.

Digitized by Google

5. Il *titolo*. Certamente il titolo d'acquisto. Non si può credere che uno accetti in ipoteca un fondo senza aver ben esaminato donde venga, e come si trovi presso il suo debitore. Ma il caso è possibile; e nelle ipoteche generali, come ho detto, la quistione può presentarsi assai facilmente.

6. Non parliamo dei vizî intrinseci del titolo d'acquisto. Anche questo esame eccederebbe il nostro tema. Nè a questo provvede tampoco l'ordinamento tavolare che vi dice la storia, vi dice il fatto, ma la critica del fatto è fuori della storia, è operazione meramente intellettiva. Restringiamo le nostre osservazioni all'*estrinseco*.

La *tradizione* (*a*); ecco la chiave del problema. Checchesia dei paesi governati da altre leggi, dove regna il diritto romano, la tradizione sarà sempre il mobile del dominio; il suggello e la insegna dell'alienazione. Quell'acuto ingegno del Carabelli avvertì che prima ancora della tradizione, il pericolo della cosa venduta si trasportava nel compratore; talchè il venditore, ridotto all'ufficio di semplice custode, non dovea più rispondere che di una onorata diligenza per conservarla (*b*). *Divise adunque la legge e segregò i rapporti personali di compratore e venditore, da quelli di costoro coi terzi*, i quali devono essere ammoniti e fatti accorti da alcun segno sensibile; sicchè diremo che ai terzi l'atto della vendita non basta, se anco non risulti l'alienazione (*c*). Vero è che tanta è la larghezza dei modi onde la tradizione si opera, e tanto usitate e comuni le formole onde *si finge*, che, dove la quistione si presenti, non sarà grave a risolverla o col fatto o colle parole (*d*).

(*a*) L. 9. §. 3. L. 64. D. de adquir. rer. dom. L. 2. cod. de adquir. poss. L. 12. C. de contrah. empt. L. 8. C. de act. empt. L. 79. D. de solut. L. 74. D. de contrah. empt. etc.

(*b*) Part. I. C. II. §. XIII.

(*c*) Si vende, ma non si aliena se la tradizione non segue. Saporita differenza che ci fu imbandita da Ulpiano. *ALIENATUM non proprie dicitur quod adhuc in dominio venditoris manet; VENDITUM tamen recte dicetur*. L. 67. D. de V. sign.

(*d*) È noto che nel contratto di vendita è necessario il *pagamento del prezzo*, ove habita fides non sit, affinchè il dominio si trasferisca; e la

Digitized by Google

§. CXVII.

Dello stesso soggetto secondo la giurisprudenza dei codici d'imitazione francese.

La tradizione è necessaria anche nella vendita degl'Immobili.

1. Un nome degno di venerazione, e che noi italiani siamo avvezzi a venerare forse un po' ciecamente, il Troplong, nel celebre trattato della Vendita lasciò scritto che il codice aveva emancipato i contratti di vendita da qualunque forma estrinseca dimostrativa il transito del dominio (*a*). Un tedesco (e questo dico con maraviglia) che fece un corso di *Diritto Civile Francese* (*b*), insegnava questa dottrina « I diritti personali o reali trasmessi con una convenzione passano all'acquirente *per solo effetto della convenzione, senza che sia uopo nè di tradizione, nè di veruna solennità esteriore per operare questa trasmissione*, purchè la convenzione sia perfetta come tale in quanto alla sostanza e alla forma » (*c*).

---

stessa tradizione è impotente, mancata la causa che le dà vigore. L. 19. L. 53. D. de contrah. empt. L. 38. §. 2. D. de liber. causa. Talvolta la legge stessa s'incarica di trasferire il dominio, come nei legatarî. L. 64. D. de furtis in fin. L. 86. de legat. 1. L. 80. de legat. 2. Tengo lo stesso degli eredi. Quantunque il dominio dell'erede sembri farsi dipendere dall'adizione, e si distingua nominatamente dal *possesso naturale* che è un fatto; (L. cum haeredes 23. D. de adquir. vel am. posse); giova però osservare che la stessa adizione è un fatto sensibile, e qualora un erede costituisse ipoteca sui beni ereditarî, certamente farebbe indizio di accettazione. Che si dirà in caso d'ipoteca generale e forzosa, come quella che s'iscrive in virtù di un giudicato? Se l'adizione non comparirà in nessun tempo, quella ipoteca tornerà vana; ma qualvolta si verifichi in qualche tempo la ipoteca, convalidata dall'adizione, riterrà la data della sua iscrizione, *quasi conditione sequuta*.

(*a*) Della vendita N. 44. 46.

(*b*) Zacharia Professore a Eidelberga — con note di Aubry e Rau — Traduzione. Lo Gatto. Napoli 1853.

(*c*) Vol. I. §. 180. Anche Toullier IV. N. 54. et seqq.

Digitized by Google

2. Ma tosto l'autore parea ritirare il passo, come sgomentato dal pericolo che si conteneva in quel pronunciato. *Può senza dubbio giustificarsi in teorica*, egli dice, *ma nell' applicazione, non mancherebbe di metter a repentaglio la sicurezza delle proprietà, se dall' un canto non avesse ricevuto importanti restrizioni rispetto a terzi, e d' altra parte gli sconci che presenta non fossero in certa guisa neutralizzati dalle regole sulle prove delle convenzioni.*

Quali sono, a parer suo, codeste restrizioni rispetto ai terzi? 1.° *La trascrizione per far godere l' acquirente di certi vantaggi, es. grazia per operare e agevolare l' estinzione delle ipoteche che gravano gl' immobili per parte dei precedenti proprietari.* 2.° La trascrizione speciale alle *donazioni.* 3.° Quanto alle ipoteche, *la iscrizione.* 4.° La tradizione *delle cose corporali.* 5.° Notificazione al debitore, quando si tratta *di cessione di credito.*

La cautela cui Zacharia accennava in primo luogo, come volontaria, e proposta nell' interesse dell' acquisitore, e da non potersi usare se non da chi ha validamente acquistato, è argomento che nulla stringe. Giacchè noi vogliamo investigare se, giusta quel codice, le vendite secrete e domestiche, non manifestate in veruna guisa all' occhio dei terzi, trasferissero il dominio preferibilmente a colui che dopo quelle vendite, acquistò le cose stesse ma con una certa forma conoscibile: alla quale questione non giova il sapere che l' acquisitore poteva anche liberarsi dalle ipoteche iscritte sul fondo, inaugurando il suo possesso con un atto di trascrizione.

Le solennità prescritte nella *donazione* non riguardano la funzione della trasmissibilità, ma l' interesse che ha la legge di persuadersi ch' essa contiene la vera e libera volontà del donante.

La forma *della iscrizione ipotecaria* non ha veruna attinenza colla legittimità dell' acquisto. I modi di tradizione rapporto alle cose *mobili e incorporali*, lasciano intatta la quistione della tradizione, rispetto agl' *immobili.*

3. Adunque il Zacharia ha detto nulla, mettendo avanti quelle che chiama restrizioni e non sono, che riguardano tutt' altro soggetto. Finisce col dire che è necessario far uso del criterio delle prove, preferendo colui che stabilisce con miglior documento il suo contratto.

Digitized by Google

4. Qui non viene in discussione la bontà di un principio, la sapienza di una teoria. Nè se di miglior senno facesse prova la legge di brumajo che dichiara *inopponibili ai terzi quegli atti traslativi di dominio che non fossero iscritti nell'ufficio*, o il Codice Napoleone che avesse distrutta questa barriera. È una semplice quistione storica: sapere se il Codice Napoleone sciogliesse, la vendita specialmente, da ogni dimostrazione estrinseca rispetto ai terzi.

5. Convien rannodare quella legge nella quale questi ed altri scrittori travidero il funesto ripudio delle esteriorità prescritte dalle leggi romane, alle altre disposizioni analoghe dello stesso Codice che non son poche.

L'art. 1482 diceva « È perfetta fra le parti (la vendita), e la proprietà si acquista di diritto dal *compratore riguardo al venditore*, appena che si è convenuto della cosa e del prezzo, *quantunque non sia ancora seguita la tradizione nè pagato il prezzo* ».

Il Codice delle Due Sicilie art. 1428; il *Codice Sardo* nel 1589, quello di *Modena* nell'art. 1468, e il *Parmense* nel 1389 sono identici al 1482 del Codice di Francia.

6. Ma il Parmense vi fece una giunta, continuando così — *e la cosa stessa rimane a rischio e comodo del compratore*. Con ciò non solo spiegò il proprio concetto, ma sparse un bel raggio di luce sulla legislazione madre e sulle sorelle. Per tale illustrazione la nuova legge si viene, per così dire, colorando di antico; e rientra sino a un certo punto in quel sistema che Troplong diceva profondamente cangiato dal codice civile. Quel sistema, tanto tenace della tradizione, riconosceva una vendita perfetta prima della tradizione (*a*); il suo punto di partenza era il consenso sulla cosa e sul prezzo (se il contratto non si doveva fare per iscritto), e da quel punto metteva il pericolo in conto del compratore. Il Codice di Parma risvegliò quella idea addormentata nel seno del comento francese; e fece sentire più vivamente la distinzione fra *i rapporti personali* dei contraenti *e quelli fra essi e i terzi*.

(*a*) Letteralmente il §. 3. delle Istituzioni de empt. et vendit.

Digitized by Google

7. Intanto la tradizione si ha per necessaria nelle vendite *delle cose mobili* (*a*). Il possessore, purchè di buona fede, è preferito al primo compratore che non ebbe il facile avvedimento di stender la mano sulla cosa comprata. Il terzo che la vede in podestà del venditore, non entra in sospetto di una vendita anteriore della quale non percepisce verun segno estrinseco: egli beve lo stesso inganno nell'acquisto di un *immobile*, venduto a quattr'occhi, o non portato in veruna maniera alla cognizione altrui; e dopo lui il creditore che, fidato nella vendita che sola colpisce i suoi sensi, vi aggiunge la impronta di una ipoteca. Quando si fu a stabilire le regole del contratto di vendita, il codice francese art. 1603, il Siciliano art. 1449, il Sardo nel 1610, l'Estense nel 1496, il Parmense art. 1418 ci dissero con una sola voce: « egli (il venditore) ha due obbligazioni principali: *quella di consegnare* e quella di garantire la cosa che vende.

Prima considerazione si presenta, che parlando la legge in genere *di ogni venditore*, e *d'ogni vendita*, e non distinguendo fra mobili e immobili, deve tenersi in amendue i casi vincolato il venditore dalla stessa obbligazione.

8. Nel Codice Francese 1604. nel Siciliano 1450. nel Sardo 1161. nell'Estense 1497. la tradizione *è la traslazione della cosa venduta in potere e possesso del compratore*. Quegl'illustri adunque che fanno della tradizione una inutilità ed una cosa vana, hanno di fronte quell'articolo a cui non san dare spiegazione veruna. Se quello è il modo giuridico per cui le cose vendute passano in altrui *potere e possesso*, come mai la osservanza, o la inobbedienza alla legge produrrebbe lo stesso effetto? (*b*).

(*a*) Cod. Franc. art. 1141. Delle due Sicilie art. 1095. Sardo art. 1232. Estense art. 1192. Parma 1114.

(*b*) Il codice di Parma sembrò accordare alla tradizione la sola virtù di trasferire il *possesso*. Art. 1418. Non so se abbia ommesso con avvertenza l'altra qualità di trasferire il *dominio*. Ma ciò non influisce sulla quistione del sapere — se l'alienazione, secondo questo sistema, si perfezioni col solo consenso, senza verun segno esteriore in relazione ai diritti dei terzi.

Digitized by Google

9. Io sono sorpreso dalla evidenza dell'art. 1605 del Codice Francese, a cui rispondono esattamente i quattro codici che ho nominati nel precedente N. 8. « Il venditore adempie alla obbli- » gazione di rimettere *gl' immobili* (*a*) quando ha rimesso le chia- » vi, se trattasi di un edifizio, ovvero i documenti della proprie- » tà venduta ». Il Codice di Parma variò dicendo « La tradizione » dei mobili vien fatta dal venditore passandoli nelle mani del » compratore; *quella degli stabili, conducendo l' acquirente sul fon- » do, e facendogli esercitare atti di padronanza* » art. 1417.

A mio parere non sono codeste che forme esemplari, e dimostrative: si dichiara come si adempie all' obbligo della tradizione; altri modi e altre forme non si escludono. Ma tutto prova che non è dal solo atto del consenso che le proprietà trapassano, allorchè si è costretti di esaminare questo fenomeno giuridico nell' interesse dei terzi (*b*).

10. Determinare codesti segni estrinseci; misurarne in astratto la forza rispettiva, ciò non può fare la scienza. Una grande apatìa per le forme tradizionali regna senza dubbio nei metodi nuovi; nè vogliamo, per così dire, i fanali accesi per vedere i movimenti della proprietà. Non comporta l' indole di codeste legislazioni la pretesa di certe ostensioni solenni, e un gran rigore di dimostrazione: si contenta di poco. Si contenta di forme simboliche, di certi atti energici della volontà; deduce anche volontieri e ragiona; come se il venditore dicesse di ritenere il fondo venduto, come affittuario, o custode, e di possedere in procura del compratore. Non bisogna però confonder la prova della vendita, con quella di una forma consegnativa, qualunque sia, come fa il professor d' Eidelberga (sopra N. 1.). Il Codice di

---

(*a*) *Di consegnare gl' immobili* dice il 1451 del Codice delle Due Sicilie . . . . . ecc.

(*b*) Carabelli propugna ottimamente questa tesi, citando le opinioni di Jourdan, di Hureaux, di Humbert. Sistema Ipot. P. I. C. II. §. XIII. V. anche Malleville Analisi ecc. all' art. 1583. 1604. e 1605. Prof. Arcieri — Istituz. secondo il Codice delle Due Sicilie Vol. VI. pag. 24. Ediz. del 1855.

Digitized by Google

Parma — rassegna la vendita degli immobili fra quei contratti che non possono farsi che per iscritto (art. 1388.), ma neppure secondo quel codice lo scritto tien luogo di tradizione che è sempre un atto successivo alla vendita.

§. CXVIII.

Dello stesso soggetto secondo il Codice Austriaco. E della Notificazione governativa 16 *Marzo* 1816.

1. Il §. 425. « col solo titolo non si acquista la *proprietà*. Eccettuati i casi determinati nella legge, la proprietà e tutti i diritti in genere si possono acquistare soltanto *per legittima consegna e ricevimento* ». La stessa disposizione è speciale alla vendita. « L'acquisto della proprietà si fa soltanto *colla tradizione* della cosa venduta. In fino a tanto che non sia *consegnata*, il venditore ne conserva la proprietà ».

Dove si osserva il *sistema tavolare*, il Possesso è una istituzione che si eleva sopra le ordinarie attitudini di questo diritto. Pensando il legislatore austriaco di trapiantare in Italia quella ricca produzione del nord, creò i §§. 321. 441. 446. 481. e 391. del processo civ. che suppongono quella coltura. Ma fino *all' attuazione dei registri d' intavolazione*, (che in breve tempo non potevano, nel nuovo imperio, ordinarsi), tutte quelle pratiche furon condannate al silenzio *dalla Notificazione* 16 *Marzo* 1816. §. 6.° Fino a quell' avvenimento manteneva in vigore *i modi praticati e riconosciuti dalla precedente legislazione* circa *l' acquisto del possesso e della proprietà degli stabili ed altri diritti reali.*

L' illustre Basevi ci mostra come per quella legge, ch' esso chiama *deplorabile* (*a*), nascesse nella giuridica del regno un funesto fluttuar d' opinioni fra il nuovo e il vecchio sistema, nè mancassero decisioni di tribunali che, tenendo richiamato in osservanza l' art. 1583. del Codice Napoleone, adottavano il principio,

---

(*a*) Annotazioni al Cod. VI. ediz. che è sempre quella che cito. Al §. 425.

Digitized by Google

falsamente creduto vero, dello scioglimento di qualunque forma estrinseca nei trapassi della proprietà. Anche il Basevi memorava la trista dottrina proclamata del Troplong, e lamentava quella pecorile imitazione, con queste gravi parole « sicchè l'opinio-
» ne che vuol tolta la necessità della tradizione per trasferire la
» proprietà degl'immobili sovverte la legislazione del paese per
» far dominare un ambiguo testo straniero di contrastata appli-
» cazione ». Ond'egli sentiva che almeno la *trascrizione* del tipo napoleonico fosse *indispensabile* a quell'effetto (*a*).

2. Sospendere la istituzione tavolare e rendere provvisoriamente inattive le disposizioni a tale scopo preordinate nel vasto concetto del Codice, era quanto si doveva fare nell'aspettazione di un sistema compiuto di pubblicità territoriale. Ma il Codice avendo già in se quei principî, gli aveva formulati in severi teoremi; i quali contrastavano mirabilmente alla fiacca redazione del Codice Napoleone che non aveva saputo esprimere la sua idea. Ma una legislazione non cangia d'improvviso l'indole sua; e della straniera che transitoriamente conserva, prende quelle parti che sono in armonia colla generalità del proprio sistema. Difatti se quelle disposizioni tacevano, non erano distrutte; anzi venne imposto che l'uso *dei modi e delle pratiche della precedente legislazione* dovesse applicarsi *con una certa conformità* alle leggi sospese. §. 6.° *della detta Notificazione*. E con ciò il legislatore fece ragione che il codice straniero, richiamato parzialmente in vigore, non fosse così schivo di quelle salutari esteriorità ch'esso con reminiscenze germaniche aveva consacrate nel suo, e che ad ogni momento potevano riacquistare efficacia sotto la potenza della sua parola.

(*a*) Neppure l'erede acquista il possesso senza tradizione che ottiene col decreto dell'aggiudicazione ereditaria — §. 797. Zeiller e Basevi al §. 425.

Digitized by Google

§. CXIX.

Continuando l' esame del Codice Austriaco, se nel secondo compratore sia necessaria la buona fede.

1. Il Codice non parla che dell'acquisto dei *mobili* nel §. 430 (*a*). E con ragione, giacchè nel suo disegno fondamentale dovendo la proprietà immobiliare apparire mutata nelle solenni pagine dei libri pubblici (§. 431.), non avrebbe mai potuto porvisi dentro una quistione di moralità e di buona fede. Il §. 440. troncava il nodo risolutamente dicendo « Se il proprietario ha alienata la stessa cosa immobile a due diverse persone, *ne acquista la proprietà quella che ne avrà chiesta prima la iscrizione* ».

È uno dei paragrafi dormenti del codice che sorgerà quando suonerà la tromba della istituzione tavolare. Perciò la quistione che si fa nel regno lombardo-veneto è comune a tutte quelle legislazioni che non determinarono una forma obbligatoria alle tradizioni.

2. Bisognerebbe accordarsi sul significato di questa locuzione, che è una di quelle che si hanno sempre in bocca, e s' intendono meno delle altre. Buona fede *è coscienza di poter legittimamente fare quello che si fa.* Per alcuni, buona fede è ignoranza stupida; per altri la scienza del fatto altrui in contraddizione al quale ci facciamo ad operare. Ma la buona fede non consiste sempre nella ignoranza; nè la mala fede nella scienza. D' ordinario la giuridica è assai meno rigorosa della morale. Nel mondo degli affari è lecita una certa accortezza (dolus bonus) che nella lotta degl' interessi, vale la forza nei cimenti della guerra. Sì; l' accortezza e la diligenza sono la forza degli affari in questa società

(*a*) « Se il proprietario alienò la stessa cosa mobile a due diverse persone, ad una colla consegna, all' altra senza, la cosa apparterrà a quello cui prima fu consegnata, ritenuta la responsabilità verso la parte pregiudicata ».

Digitized by Google

che vive di antagonismo e di contrasti. *Vigilantibus non obdormientibus jura succurrunt.* La legge ha bisogno di odiare i poltroni che il cielo e l'inferno disdegna, giusta la espressione del poeta. Se io so che altri mi ha prevenuto in un contratto, sapendo insieme che costui non è in assetto regolare in faccia alla legge, posso senza mancare al debito di buon cittadino farmi innanzi, ed acquistare regolarmente. Perciò divido la opinione di Basevi (*a*) contro quella del Nippel e del Chiarabelli. Solo la frode, il *dolus malus*, toglierebbe al secondo compratore la preda mal acquistata.

§. CXX.

Della voltura estimale prescritta dalle leggi Toscane.

E basterebbe pur poco a toglier via tutte queste controversie. La pubblicità obbligatoria degli acquisti; e che nessun fondo stabile si avesse per trasferito in podestà dell'alienatario, se il mutamento non risultasse dai libri pubblici. Ha provveduto la legge di Toscana 25 Decembre 1819 colla *voltura estimale*. Di questa istituzione particolare al bel paese, si dovrà discorrere più a lungo nel Titolo della Trascrizione, collegandosi sapientemente coll'ordinamento ipotecario.

§. CXXI.

Che debba dirsi della iscrizione eseguita nel giorno medesimo della vendita, non risultando veruna priorità o posteriorità momentanea.

1. Si pone il caso che un proprietario nello stesso giorno e oppignorasse il proprio fondo a un terzo, e ad altri separatamente lo vendesse; e che il creditore riputandosi in condizione prevalente, molesti il compratore coll'azione ipotecaria. Intorno

---

(*a*) Nota al §. 430.

Digitized by Google

a che Baldo (*a*) ragionava assai compiutamente dicendo, *che la prova della priorità era mai sempre imposta al creditore, non solamente ove l'azione ipotecaria da lui si esercitasse, ma eziandio provocato, in figura di reo, a sciogliere il pegno.* Perciocchè il tempo in cui si acquista non è delle cose essenziali all'efficacia dell'acquistare, laddove la definizione del tempo è elemento sostanziale all'efficacia relativa del pegno. Il primo adunque provando di avere acquistato, ha provato tutto quello doveva; il secondo provando di aver conseguito il vincolo del pegno, dee provare inoltre di averlo conseguìto da colui che in quel momento era proprietario, *ossia di averlo acquistato prima dell'alienazione.* In altri termini, *chi si fonda nel tempo, deve dare la prova del tempo.* Aggiungendo, che se non può il creditore provare l'anteriorità di un giorno, potrà valersi anche dell'ordine delle scritture fatte nel medesimo giorno, se lo stesso notajo, per esempio, si fosse rogato e della scrittura di vendita e di quella della ipoteca. E similmente sarebbe buon mezzo di prova l'ordine letterale della scrittura, supposto che una sola scrittura l'uno e l'altro contratto contenga. Ci basterà di questo, senza revocare in esame quanto fosse certa in ragione la massima allora accettata della prevalenza delle classi privilegiate per la quale si voleva militare la presunzione dell'anteriorità temporale; e senza entrare a discutere sulla critica della prova istrumentaria, che ci condurrebbe lontano.

2. Quella dottrina di Baldo era assai giusta nel sistema delle ipoteche occulte. La quistione si è riprodotta ai nostri giorni in quegli Stati che non riconoscono una *Trascrizione* impediente le iscrizioni a carico dell'alienante; istituzione di somma e quotidiana utilità. Nel Pontificio, e nell'Estense la quistione è divenuta, sino a un certo punto, impossibile. Ma negli altri regni italiani, non escluso il Lombardo-Veneto, essa può ancora travagliare le menti e agitare le coscienze dei giudici. Anzi, in quest'ultimo,

---

(*a*) In L. matrem C. de probat. e alla L. de rebus C. de donat. ante nupt. e con lui Iacobus de Arena, Salicet e Paulo di Castro. Negusant. Par. V. m. 2.

Digitized by Google

forse più che altrove, si moltiplica il dubbio per quell' imperfetto richiamo della legislazione francese, in supplemento di alcune disposizioni che sono tuttora una parte morta nel corpo vivo di quel bellissimo codice (*a*). Alcune decisioni, per mandar avanti il creditore ipotecario al compratore, opponevano a costui il difetto della *trascrizione* di stile francese, che non aveva altro scopo che di preludere alla purgazione (*b*). Altre con miglior senno, rinviavano il creditore colla sua prenotazione, per l' eccellente motivo di non aver messo in sodo. la sua anteriorità (*c*). Alla quale semplicità dovrebbe ridursi ogni controversia di questa natura. Una legge che i due momenti determinasse, quello che compie l' opera della traslazione rispetto ai terzi, e quello in cui il diritto ipotecario comincia, certo avria tolto di mezzo ogni pericolo di confusione. La pubblicità iscrizionale fissa il secondo termine, ma largheggia nello spazio di un giorno. Tutte le iscrizioni del medesimo giorno sono contemporanee. Forse per la immensa difficoltà di misurare ogni presentazione sulla sfera dell' orologio, e per l' importabile carico che ne verrebbe ai registri del conservatore (*d*). E poichè anche gli atti pubblici si annunciano dai notaj per còmpito di giornate, e non di ore o minuti, ne segue, che la formalità degli acquisti come quelle dei diritti ipotecarî possono sempre venire ad urtarsi in quelle ventiquattr' ore che non patiscono suddivisione. Così la nostra *trascrizione* e *la iscrizione* potranno affacciarsi nello stesso giorno e apparire contemporanee.

(*a*) §. CXVIII. N. 1.

(*b*) Carabelli §. XIII. N. 12.

(*c*) Sentenza 20 Dec. 1852 del Tribunale di prima istanza confermata dall' Appello Veneto il 18 Marzo 1853. Giorn. di Giurisp. pratica di Venezia 1853. N. 25 e 26.

(*d*) Momentum non esse curandum in jure, solevan dire i nostri antichi — Fenutius tract. de moment. C. XXXI. Menoch. de arbitr. jud. Cas. 25. N. 2. Cas. 361. N. 20 per la difficoltà di determinarlo, o meglio di fermarlo sicchè rimanga alquanto sotto la umana osservazione nell' incessante fuga del tempo. *Momento* dicono a *motu*, quasi *movimentum:* e S. Tommaso lo chiama punto impercettibile in 1. epistolam. S. Pauli ad Corinth. capit. 15.

Digitized by Google

3. Laonde la quistione si offre alla osservazione in due modi:
   1.° L'uno riguarda i dati estrinseci di confronto fra codeste operazioni civili di un acquisto fondiario e di un acquisto ipotecario per l'effetto della preferenza temporale;
   2.° l'altro concerne il concorso dei due atti resi perfetti ambedue nel medesimo giorno.

La prima non ha luogo che in quei paesi dove non è stabilita veruna formalità di rigore atta a significare la perfezione dell'acquisto fondiario rispetto ai terzi. Tali sono quelli che vivono ancora colla legislazione napoleonica. In ordine alla quale mi parve ragionevole determinare che l'atto traslativo deve pur vestirsi di un qualche carattere di esteriorità, non fosse altro, per mezzo della formalità del registro, che essendo distinta dal contratto e successiva, tenendo alla esecuzione, e avendo un carattere pubblico, può fingere la tradizione (*a*).

La seconda quistione è inevitabile anche dove regna un sistema di pubblicità per gli acquisti. Poichè, nel supposto eziandio che il punto della traslazione fosse fissato ad ore e minuti, come l'arrivo di un telegrafo, non potrebbe mai dirsi che in ragione di tempo fosse posteriore; giacchè fatta nell'ultimo minuto della giornata ufficiale, si ha come fatta nel primo, e come contemporanee sogliono essere le ore d'ufficio, non ci sarebbe via per concludere che l'iscrizione del traslato antecesse quella della ipoteca. In questa insolubile dubbiezza converrà far prevalere la prima per la obbligazione che ha il creditore ipotecario di recare in mezzo le prove della sua anteriorità (N. 1. di questo §. CXXI.).

(*a*) Una decisione rotale *Rom. pec. quoad camb.* 25 *Ian.* 1830 *cor. Marini* fermava la massima che — *actione hypothecaria turbari non potest tertius possessor qui fundum emit antequam super ipso hypotheca contraheretur.* Versando in contratto avvenuto sotto l'impero della legge napoleonica diede ragione a colui che aveva comprato il fondo con apoca privata 11 Ottobre 1809 riconosciuta da notaio, confermata dal giuramento, e registrata nei protocolli di esso notaio. Il creditore non aveva iscritta la sua ipoteca che nel 18 Novembre successivo. Era troppo per sostenere che l'iscrivente non avesse potuto aver cognizione del trasferimento. Per cui siffatte controversie sono quasi sempre di fatto.

Digitized by Google

CAPO II.

DELLA COMPROPRIETÀ; E DEGLI EFFETTI DELLA IPOTECA COSTITUITA DAL COMPROPRIETARIO SU BENI INDIVISI

§. CXXII. — *Per il diritto romano, la obbligazione ipotecaria costituita dal socio o coerede sul fondo comune durava nello stesso stato anche dopo la divisione.*

§. CXXIII. — *Dei perniciosi effetti di quel sistema.*

§. CXXIV. — *Utile novità introdotta dalla giurisprudenza francese.*

§. CXXV. — *Giurisprudenza Rotale.*

§. CXXVI. — *Legislazione delle Due Sicilie* — art. 803.
» *di Sardegna* — art. 1105.
» *di Modena* — art. 1118.
» *di Parma* — art. 1038.
E specialmente della legislazione Toscana — §. 76.

§. CXXVII. — *Sèguita della Ipoteca sui beni indivisi in relazione al Codice Universale Austriaco.*

§. CXXII.

Per il diritto romano, la obbligazione ipotecaria costituita dal socio o coerede sul fondo comune durava nello stesso stato anche dopo la divisione.

1. Una ragione, naturale perchè da tutti sentita, ci condu a stabilire queste due regole 1.° che il condomino, prima della divisione, non possa scegliere la parte che più gli giovi, vincolandola a pegno o ipoteca; 2.° che l'altro comproprietario o condomino, fatta la divisione, non abbia a patir danno da quella obbligazione reale che il socio aveva per così dire anticipata. Il diritto romano onorava il principio; la prima conseguenza deduceva esattamente; ma, a mio avviso, fu meno felice nel secondo còmpito.

Digitized by Google

2. Il socio non poteva obbligare la parte del socio *L.* 2. *Cod. comm. divid.* *L. unic. Cod. si comm. res pign. etc.* (*a*). Ma se uno dei comproprietarî avesse data in pegno la sua metà indivisa, indi si fosse venuto alla divisione, la quale a ciascun condomino avesse attribuita una metà del fondo, il creditore manteneva il vincolo ipotecario sulla metà dell'intero, come se divisione non si fosse fatta (*b*).

3. Questo sistema espone i comproprietarî a dure condizioni, e, innocenti, li curva sotto il giogo inaspettato della obbligazione altrui. Dannosa e triste conseguenza, che semina imbarazzi senza fine, sendochè il coerede o condomino non sarà mai tranquillo nel possedimento della parte sua; dovrà ad ogni ora temere di esser percosso dal creditore ipotecario di colui che gli fu comproprietario, e che dopo la divisione ha cessato di esserlo. Come potrà egli liberamente e senza pericolo disporre di una proprietà così stranamente vincolata? Se figuriamo molti coeredi, comproprietarî, e condividenti quanto più la situazione si complica e s'imbroglia! Malgrado tutto ciò, i giureconsulti non fallivano all'ordinaria dirittura della loro mente, così ragionando. Posto che sopra ogni atomo di una proprietà indivisa si estenda ideologicamente il dominio di ciascuno, la divisione non sarà altra cosa che la cessione che un condividente fa all'altro di quella frazione, mentalmente divisibile sino al grano d'arena, che ciascuno riteneva in se per virtù della comunione. Quindi si poneva come principio assiomatico — *divisionem praediorum vicem emptionis obtinere placuit* (*c*). E ne seguiva che, come ognuna di quelle frazioni era stata colpita dalla ipoteca che il comproprietario vi aveva imposta, il fatto della traslazione non potesse traslocare il vincolo giuridico preesistente.

(*a*) Odioso e strano era quel privilegio fiscale di poter vendere l'intero, solo che a lui *minima portio rei pertineret*. L. unic. C. de vendit. rer. fiscal.

(*b*) L. 7. §. fin. D. Quibus mod. pign. L. 6. §. 8. D. comm. divid. L. 3. §. ult. qui pot. in pign.

(*c*) L. 1. C. comm. utrius. jud. L. 20. §. 3. D. fam. erciso. L. 77. §. 18. D. de legat. 2.

Digitized by Google

4. Queste fastidiose appendici non lasciava dopo di se l'alienazione che il comproprietario facesse della parte sua indivisa (a). Abbiamo un testo che dice espressamente che la parte che io ho venduta non viene nel giudizio (familiae erciscundae) come quella che è uscita dalla eredità, e dalla comunione (b). La quale sentenza sembrerebbe svelarci un altro inconveniente di quel sistema, che sarebbe la facoltà della scelta che ciascun comproprietario avesse di vendere quella parte che meglio gli fosse in talento, sottraendola così al giudizio divisorio, forse con non lieve danno dell'altro proprietario. Tuttavia quella decisione di Nerazio si vede o corretta, o interpretata e richiamata al vero suo spirito, dall'insegnamento di Paolo (c) che, ponendo il caso di una alienazione fatta dal testatore che aveva una cosa in comune, rimette *all'ufficio del giudice* il decidere, se debba o no conseguirsi *(alicui jubeat tradi)*. È chiaro che il comproprietario, che apre il giudizio di divisione, ha tutto il diritto di sottoporvi la cosa, che seguita ad esser comune, malgrado l'alienazione di una parte indeterminata, in confronto del successore del socio (d), facendo pesare su giusta bilancia l'interesse reciproco. Ma sciolta questa difficoltà che non è grave, l'alienazione fatta dal socio, non ha altro effetto riguardo al consocio, che di un cangiamento di persona. Così il comproprietario divide il peso della obbligazione ipotecaria, laddove l'alienazione del socio gli sarebbe innocua (e).

(a) L. 13. §. 17. D. de act. empt. vend.

(b) . . . . neque ea pars quae mea fuit in judicio veniet, *cum alienata de hereditate exierit*, neque tua; quia etiam si remanet in pristino jure, hereditariaque est, *tamen alienatio meae partis exit de communione.* — L. ex haereditate — §. 4. D. famil. ercisc.

(c) L. 25. §. 6. eod.

(d) Il socio o padrone dell'altra porzione può provocare alla divisione il creditore o alienatario; potendo la cosa essere aggiudicata anche allo stesso creditore o alienatario. L. communi §. inter eos. D. comm. divid. Similmente il creditore convenzionale può provocare alla divisione. Bart. in L. si is qui fundum D. de usufr. legat. Negusant. M. III. Part. II. N. 40.

(e) Il discorso vale del pari per gli eredi che involontariamente si trovarono caduti in comunione, come per coloro che volontariamente si

Digitized by Google

§. CXXIII.

Dei perniciosi effetti di quel sistema.

1. La logica dei romani giureconsulti può esser esatta (*a*); ma spinta alle sue estreme conseguenze si è veduta oltrepassare la linea della giustizia, e offenderne le ragioni. Spettava al legislatore l'arrestare i corollarî di quella logica inesorabile, e collocare il fatto sotto la protezione di altri principî. La inflessibilità dei pronunciati derivativi non è sempre un pregio delle scienze che s'incarnano nel fatto pratico; e io non so vedere perchè un legislatore non abbia potuto dire che *avvenuta la divisione, e per essa determinandosi la porzione dell' erede o condomino, la ipoteca si fissa in quella parte, e ne rimangono liberate quelle degli altri coeredi e condomini.* Che il coerede o condomino abbia come scelta sino dal momento che entrò nella comunione quella parte che per la divisione gli sarebbe assegnata, è una finzione. Ma a molte altre finzioni è usata la giuridica, la quale, con misurate immaginazioni, ha rannodato spesso le fila di un discorso ch' essa voleva pure avviare verso uno scopo di equità e di giustizia. Essa però vuole che la finzione, quasi surrogante al fatto la idea, dal verosimile

---

accomunarono acquistando un fondo in società (reale) senza veruna separazione di parti, poichè il fondo comune *pro diviso*, a dir proprio, non è comune. L. 5. §. 16. D. de reb. eor. qui sub tut. Quanto si dice dei coeredi si applica ai comproprietarî, perciò noi abbiamo costantemente ravvicinate queste due posizioni. Troplong N. 469. Così diremo dei collegatarî.

(*a*) Benchè parrebbe urtare con quella legge di Antonino — che è l'unica Cod. si commun. pign. — Frater vester, sicut vobis invitis *portionem vobis competentem obligare non potuit*, ita suam dando, obligationem creditori quaesivit. *Unde intelligitis contractum ejus nullum praejudicium dominio vestro facere potuisse.* E quello di Papiniano — Si pater familias, singulis haeredibus fundum legando, divisionis arbitrio fungi voluit, *non partem suam coheres praestare* cogetur; quam si vice mutua partem *nexu pignoris liberam consequatur.* L. 33. D. fam. ercisc.

Digitized by Google

non si discosti, secondo le ragioni di ogni rappresentazione che tenda ad imitare il vero. E qui dal verosimile non si dilunga. Chi volontario, e più se involontario, acquista una cosa in comune con altri, non accetta punto un tale stato di cose come definitivo; e corre col pensiero ad una separazione che gli farà riconoscere il suo che di presente è imbarazzato con quel d'altrui. S'egli si facesse ad alienare o ipotecare una parte determinata prima della divisione, la sua scelta sarebbe arrogante e vana, e da chiamarsi una usurpazione; ma il dire, vi alieno o vi obbligo quella quota che mi perverrà nel partaggio, è realtà quanto alla proprietà presente indivisa ma idealmente certa; è condizione, quanto alla forma che vestirà nella divisione quell'ente ideale. Il diritto romano era benigno alle ipoteche dei beni futuri; poteva esserlo anche a questa, *quasi sub conditione* il comproprietario avesse obbligato nel suo essere di corpo specifico quella parte di proprietà indefinita. L'astratto principio di un condominio diffuso sopra ogni molecola del suolo, poteva farsi piegare sotto questo ragionamento probabile onde il creditore e il debitore avevano insieme convenuto della ipoteca, nella onesta intenzione di preservar illesi i diritti dei terzi. D'altra parte non sa egli, il creditore, e non vede abbastanza chiara la posizion delle cose? Quando egli si contenta di una ipoteca su beni che il debitore aspetta da un incerto avvenire, si appoggia forse nella stabilità di un dominio certo di cosa determinata? Nè io lodo questa forma di diritto, come avvisai altrove; ma dico che la legge, senza sconciarsi troppo, poteva pur questa stabilire, eziandio se volesse considerarsi come una specialità nel sistema (*a*).

E se altri osservi che questo restringere la virtù della ipoteca è un ferire il principio fondamentale della *individuità*, converrà rammentargli, che nella individuità ipotecaria non vi ha nulla che non sia convenzionale, ossia di mero gius positivo, e che il legislatore non possa sciogliere per giuste cagioni §. LXXX. N. 3. e 6.

(*a*) È una delle poche volte che io non posso convenire coll'esimio Carabelli Part. I. §. XIII. N. 16.

Digitized by Google

2. Le considerazioni sin qui fatte riguardano l'interesse della giustizia. L'interesse del Credito non può esser diverso, perchè, ricordiamolo, noi dobbiamo tener levata in alto sopra ogni pretensione economica questa bandiera — che l'utile è il giusto. — Il prestatore è assicurato, non v'ha dubbio; ma niuno vorrebbe acquistare una comproprietà che uno dei soci può offendere e gravare di qualità che la stessa divisione non valga a liberarlo. In generale si dà troppo al vincolo ipotecario; il principio, che *la nostra proprietà non può essere obbligata senza il fatto nostro* viene sagrificato a quest'altro che — *la ipoteca è individua*. Qui può esserci coerenza di deduzione scientifica; ma nel primo c'è una solida moralità; e la condizione sociale guadagna più coi fatti onesti che colle perfette teorie.

§. CXXIV.

Utile novità introdotta dalla giurisprudenza francese.

1. Ammesso che ognuno dei comproprietarî e coeredi ebbe dal momento dell'acquisto una proprietà, benchè indeterminata, sull'intero, era una falsa idea anche quella della vendita o della permuta. Videro meglio i francesi considerando la divisione come una operazione semplicissima *determinante la parte indeterminata che ciascun coerede aveva prima della divisione* (*a*). Assai prima del codice Napoleone quella massima era volgare in Francia. Fu consacrata nell'art. 883. « Ogni coerede è riputato solo e im-
» mediato successore in tutti gli effetti componenti la sua quota,
» o a lui provenuti per licitazione, e che non abbia giammai a-
» vuta la proprietà degli altri effetti ereditarî (*b*).

(*a*) Ghewiet. Inst. belgic. Par. 2. T. 5. 16. Pothier — Vendita N. 631. Domat. Leggi Civ. Lib. III. T. I. Sez. 1. N. 15. Grenier T. 1. N. 159. Zaccheria §. 266. Troplong N. 469. 2.° Cass. franc. 18. Mart. 1829. Journal. de Belge. Cass. 6 Dec. 1826. Journal du Palais. Cass. 13 Juill. 1842. Jour. du Palais 1842. Chiesi T. III. N. 677.

(*b*) Quanto fosse leggèro il commento del Taglioni lo dimostra, ch'egli circonda quest'articolo di leggi romane *come concordanti*.

Digitized by Google

2. Se nulla toccasse al comproprietario debitore, la ipoteca non avrebbe effetto; tolto il caso della frode. Onde il creditore ha diritto d'intervenire nel giudizio della divisione a tutela del proprio interesse.

Egli può anche provocare la divisione, qualora gli sia d'uopo procedere nell'esercizio della sua azione ipotecaria; non credo possa farlo prima della scadenza del debito, e prima di avere cominciato il suo giudizio di cui la divisione è un mero incidente. E in questo eziandio egli si distingue dal comproprietario che può chieder divisione in ogni tempo. Ed è un'altra ragionevole modificazione del principio antico §. CXXII. nota.

3. La divisione, com'esige la sua natura, deve contenersi entro i limiti di una necessità rigorosa, affinchè il condividente non sia colpito dalla ipoteca del socio debitore. Se si eccede; se per vista di mera comodità, al socio non debitore si assegni una parte maggiore di quella che di ragione gli sarebbe dovuta, è manifesto che, quanto all'eccesso, havvi una vera vendita, e la ipoteca vi porrebbe subito il dente.

Avviene talvolta che si assegnino parti materialmente ineguali (specialmente se più sono i condividenti) attesochè la estensione o qualità dei pesi e delle passività ereditarie siano tali che non consentano più ragionevole divisione. In sostanza essendo uguali i valori assegnati, non si ravvisa eccesso; e quindi la parte, maggiore nella estensione, ma pari in valore, non sarebbe afflitta dalla ipoteca.

4. Una regola parmi potersi stabilire ed è questa. *La necessità giuridica è diversa dalla necessità economica* (a) *che meglio può dirsi convenienza e ragione di comodità; e la prima soltanto, non la seconda, determina quell'equilibrio che esclude la ipoteca dalla parte assegnata al socio non debitore.* Sogliono le divisioni materialmente difficili risolversi nell'aggiudicazione (b). La ipoteca del socio

---

(a) . . . ubi etiam *necessitatem* facere Pomponius scribit ut pluribus adjudicetur. L. 22. D. fam. erciso. Questa non è che necessità economica.

(b) Per es. se una casa non possa essere comodamente abitabile da due o più famiglie, si aggiudica ad un solo, o a più. L. 22. §. 1. 2. D. fam. erc. L. 25. §. 1. eod. L. 44. §. 1. eod. Più apertamente Ulpiano nella L. 55. eod. tit.

Digitized by Google

debitore continua a sussistere in parte indeterminata, perchè mancò l'assegnazione; ma l'aggiudicatario l'assume proporzionalmente alla proprietà, che *jure* spetta al debitore. E se il fondo si vende, è indubitato che in quella stessa misura il prezzo è colpito dalla ipoteca (*a*).

§. CXXV.

Giurisprudenza Rotale.

1. Il Tribunale della S. Rota, venerando custode delle tradizioni del diritto romano, ha dovuto su questo punto ripudiare la giurisprudenza antica. Si è detto « che l'attuale sistema ipotecario esigeva necessariamente tale modificazione » (*b*). Se parliamo di necessità logica, non credo; ma l'utilità morale ed economica di codesto cangiamento reputo evidentissima. La Rota, appropriandosi la idea francese, ferma che, dopo avvenuta la divisione, la ipoteca che colpiva una parte indivisa si restringe e condensa in quella che effettivamente è pervenuta al debitore (*c*).

2. Con ciò si è venuto a ripetere quel concetto degl'illustratori francesi, doversi avere come scelta dal socio debitore quella parte che gli pervenne dalla divisione. Anzi la Rota parve dare una spinta un po' eccentrica al principio dichiarando che il coerede si giudica avere *scelta per sua la porzione alienata* (*d*), e ne

---

(*a*) Grenier — al N. 159. esamina una quistione ch'egli tiene molto importante; ma che risolve con una facilità che assai semplice la dimostra. Sapere con quale azione il coerede possa conseguire dall'altro coerede, che ha goduto prima della divisione una parte eccedente il suo diritto, la restituzione dei frutti. Certo *con una mera azione personale*, come dice Grenier. È lontana veramente la idea di avere per questo acquistata *una proprietà* che, aggiungendosi a quella del coerede, sia per produrre un conflitto fra gl'interessi del creditore ipotecario del coerede debitore e quelli del coerede non obbligato.

(*b*) Cannetti N. 203.

(*c*) Roman. Graduat. 11 Jun. 1841.

(*d*) Suam in partem selegisse rem cohaeres censetur quam alienavit,

Digitized by Google

compensa col resto della sostanza il coerede. Intendi dell'alienazione *di parte determinata* che il coerede avesse fatta, certamente pensando che la divisione verrebbe a confermare la sua previsione. Se immaginiamo una ipoteca *speciale su parte determinata*, perchè non dovrebbe valere lo stesso argomento? Ma le decisioni dei Tribunali non sono mai così solenni propagatrici di principî giuridici, che non tengano della natura individua del fatto che è il loro obbietto immediato. Se in quei casi al coerede fu permessa la scelta, non passi a nessuno per l'animo che ciò sia permesso in ogni circostanza, e come un diritto. La ingiustizia di tale preferenza sarebbe enorme; ma la Rota aveva sotto gli occhi un fatto innocente, una vendita di buona fede. Può avvenire che al condomino conservatore interessi di conseguirne il conguaglio sulla parte non alienata; nè l'alienante potrebbe contrastare a una domanda che si reputa avere col fatto stesso dell'alienazione acconsentita.

La Rota, quasi a serbare una idea tradizionale, suol citare alcuni dei nostri autori, che però non rispondono alla chiamata (*a*). È portato straniero, bisogna confessarlo; ma gl'ingegni italiani ne diedero presagio in dottrine, spregiate allora, ma che il tempo ha giustificate (*b*).

---

caeterisque cohaeredes, praelectione firma, indemnitatem ac compensationem super caeteris bonis haereditariae substantiae consequuntur — Cor. Bofondi Macerat. pecun. 17 Apr. 1825. Macerat. pecun. 10 Jun. 1825. Cor. Isoard. Caesen. Pec. 16 Feb. 1827. — Bofond. nullit. oblig. 23 Martii 1827 confermat. 6 Jul. 1827. et 11 Ian. 1828.

(*a*) Houded. Cons. 58. N. 58. Felic. de Societ. C. 16. N. 52. Questi e alcuni altri li veggo costantemente indicati nelle nostre decisioni.

(*b*) Il Castrense — in L. cum ii §. si uni D. de transact. riabilitando opinioni più antiche.

Digitized by Google

§. CXXVI.

Legislazione delle Due Sicilie — art. 803.
» *di Sardegna* — art. 1105..
» *di Modena* — art. 1118.
» *di Parma* — art. 1038.
E specialmente della legislazione Toscana — §. 76.

1. Sono uniformi le quattro leggi prime nominate; ripetendo il letterale disposto del Codice francese (*a*).

L'ultima collo stesso fondo d'idee ha una espressione più decisa e compiuta « L'ipoteca imposta dal coerede, o dal condo-
» mino sui fondi indivisi s'intende imposta soltanto per la quo-
» ta, e dentro la misura della quota al medesimo appartenente:
» però se i fondi obbligati come sopra in conseguenza dell'atto
» delle divise rimarranno assegnati a un coerede, o condomino
» diverso dal debitore, in questo caso l'ipoteca non sussisterà più
» sui medesimi, e si avrà per risoluta, salvo al creditore il di-
» ritto di trasportare l'ipoteca stessa, e la relativa iscrizione sui
» beni che costituiscono l'assegna propria del debitore col dive-
» nire però efficace la nuova iscrizione dal dì in cui verrà presa ».

La espressione del Codice Toscano è più felice pei seguenti motivi 1.° La situazione del *condomino* parifica a quella del *coerede*, e chiarisce che il condominio *volontario e il necessario* sono sotto la influenza delle stesse regole. 2.° Espone immediatamente l'oggetto della disposizione senza d'uopo di ricorrere ad un

---

(*a*) *Nella collezione delle massime di diritto stabilite dal Supremo Consiglio di Modena* T. I. Dec. 506. in causa Levi con Camurri e Melini 8 Agosto 1826. e Dec. 672. Martelli — Campana 29 Nov. 1828, e segnatamente la seconda ferma il principio che veniamo discorrendo per tutto questo capitolo: « che il coerede non ha prima della divisione dei beni comuni
» che un diritto indeterminato, il quale si restringe e concentra nelle
» cose che gli tornano in parte . . . — »

Digitized by Google

ragionamento (*a*). 3.° Determina inoltre con letterale precisione quella conseguenza — che la ipoteca si ha per risoluta qualora il fondo obbligato non pervenga colla divisione al debitore.

2. Contuttociò mi sia permesso di notare alcuni gravi difetti di quella redazione 1.° La legge Toscana dichiara *risoluta* la ipoteca imposta dal coerede o condomino su quei beni ch' egli non toccherà nel partaggio. Non si risolve ciò che non ebbe una anteriore esistenza. Col quale principio non pare in perfetto accordo il dire che *il creditore avrà diritto di trasportare la ipoteca stessa e la relativa iscrizione sui beni che costituiscono l' assegna propria del debitore*, non concedendo *efficacia alla iscrizione che dal giorno in cui verrà presa.* Il quale concetto ci dimostra non già che la ipoteca *è risoluta* sui beni non assegnati; ma che non è mai stata nè su questi nè su verun altro dei dividendi. E vale quanto il togliere al proprietario indiviso la facoltà di obbligare con ipoteca la sua parte indeterminata: inversione così singolare dei principî consacrati da tutte le legislazioni su questa materia, che stimo non avvertita dai compilatori di quel codice. C' era forse bisogno di far sapere che un proprietario che sciolse dall' impaccio della comunione la sua parte di proprietà, può costituirsi una ipoteca *la cui iscrizione ha efficacia dal giorno in cui è stata presa?* Chi mai vorrebbe prestare a un comproprietario indiviso quando la sua ipoteca non avesse valore alcuno rispetto ai terzi; e neppure virtualmente l' acquistasse coll' atto della divisione, ma finchè non fosse iscritta, aprendo così un facil varco a tante altre che in quell' intervallo potrebbe il debitore costituire?

Il secondo difetto che io vedrei è questo. Che non solamente si libera dalla ipoteca la porzione non assegnata al condomino debitore, ma tutta quanta la sostanza ereditaria comune. Per che

---

(*a*) I codici d' imitazione francese ci fanno capire quello stesso che la legge Toscana ha detto con tanta chiarezza — *che la ipoteca imposta dal coerede sui fondi indivisi s' intende imposta soltanto per la quota e dentro la misura della quota ad esso appartenente* — Ma è una deduzione di un' altra idea — *ogni coerede è riputato solo e immediato successore* . . . . . dunque . . . . —

Digitized by Google

si conferma che la ipoteca data dal comproprietario indiviso, secondo quella legislazione, d'altra parte nobilissima, sarebbe ombra vana e vento di parole. Vera esagerazione della idea francese, e fomento di pericolo grande, poichè sarebbe facile ad ogni debitore colludere coi soci, alienando ad essi tutto ciò che di ragione gli perverrebbe lasciando il creditore lamentoso alla porta!

§. CXXVII.

Sèguita della Ipoteca sui beni indivisi in relazione al Codice Universale Austriaco.

1. Il Codice Austriaco ravvicina due disposizioni, che si limitano a vicenda, tutto che perfettamente armoniche fra loro — §. 828. « Finchè tutti i consorti sono d'accordo (*a*), rappresen- » tando una sola persona, hanno diritto di disporre ad arbitrio del- » la cosa comune. *Se non si accordano, nessuno dei consorti può* » *fare innovazione nella cosa comune colla quale si disponesse della* » *porzione di un altro* ». Segue l'829. — *Ogni consorte ha la proprietà piena della sua porzione. In quanto non siano lesi i diritti dei suoi consorti, può ad arbitrio e indipendentemente vincolare a pegno, legare o alienare in altro modo la sua porzione o gli utili della medesima.*

Aggiungi il §. 847. e avrai il pieno concetto del legislatore austriaco — *La sola divisione di un qualunque siasi bene comune non può pregiudicare al terzo. Qualunque diritto di pegno, di servitù, o altro diritto reale che gli competa, può essere esercitato dopo la divisione, egualmente come prima. Anche i diritti personali competenti a un terzo verso la comunione ritengono, nonostante la separazione, il precedente vigore.*

Puoi disporre liberamente della tua porzione: guardati dal toccare l'altrui, questo dice e comanda il legislatore. Avrai facoltà di sceglierla la tua porzione? No: tu fai *innovazione, tu ledi*

(*a*) *La comunione ha il suo fondamento o nel caso fortuito o nella legge o nella dichiarazione di ultima volontà o nella convenzione.* §. 825.

Digitized by Google

i diritti dei consorti, tu pregiudichi al terzo; tutte cose espressamente proibite in quelle formule così bene studiate.

2. Prima domanda. È lecito ipotecare *una parte determinata?* Il comproprietario non può ipotecare che la quota che materialmente gli appartiene, aspettante una separazione materiale che verrà, quandochessia, a determinarla. E potrebbe farsi anche tal divisione che, o nulla gli attribuisse, o meno della parte giuridica a cui cominciò aver diritto nel primo istante dell'acquisto, e che il creditore ipotecario ebbe in considerazione quando accettò la ipoteca. La divisione non può nuocere al terzo, che non sia intervenuto ad approvarla (*a*).

3. Se il consorte, che legge nel libro ipotecario il vincolo iscritto, non dubitò di pigliarsi anche la parte del socio debitore, ch'egli paghi il debito, è cosa giusta: ma il Codice Austriaco avrà fatto risorgere il principio della individuità ipotecaria che, sorvivendo alla divisione, a me parve sì pernicioso? (*b*).

Benchè la quistione agitata fra i maestri di quel diritto (*c*) abbia prodotto varietà di sentenze, oserei dire che non è difficile risolverla. Il §. 829 pone a condizione della disponibilità che ogni consorte ha della sua porzione indivisa, *quella di non ledere i diritti de' suoi consorti.* Se il consorte sente in se il contracolpo della obbligazione non sua; se dee patirne le conseguenze; se non è certo che la proprietà assegnata dovrà restargli; se gli pesa sul capo il pericolo di perderla ad ogni istante per quella ipoteca che altri gli impose, tutto ciò non risponde a quel principio di reciproca autonomia, di libertà giuridica, non ad un solo dei comproprietarî, ma guarentita ad entrambi. Nessun pregiudizio può un consorte causare al consorte; *nessuna innovazione,* dice il §. 828. *può fare sulla cosa comune.* Io non credo che sia maggior offesa *il costruire un camino, un focolare o altra opera* nell'edificio comune, *o l'impedire al vicino l'uso della sua porzione di muro* (§. 855.),

---

(*a*) Basevi al §. 829.

(*b*) §. CXXII.

(*c*) Carozzi, Pagani, Zeiller, Mattei, Nippel, Winwarter, Basevi, Carabelli.

Digitized by Google

che il caricare la parte del consorte di una ipoteca, e impedirgli il commercio libero e pronto della sua proprietà. Non può temersi collusione fra il coerede non obbligato e il coerede debitore (*a*). Se ponete che il creditore ipotecario abbia diritto di sindacare l'atto di divisione, d'intervenirvi per il suo interesse; se la sua ipoteca avrà sempre virtù di colpire la porzione del debitore, non tanto misurata obbiettivamente dal fatto materiale della divisione, quanto subbiettivamente dalla estensione del diritto che la divisione definisce in linee determinate ma che non può attenuare in danno del terzo (*b*), a me pare che ogni obbiezione svanisca, e ogni temuto pericolo si risolva.

(*a*) A due si riducono gli argomenti dei contraddittori. A questo *del pericolo della collusione;* al non aver attribuito il debito valore *al principio della virtualità del diritto di dominio competente al socio o coerede prima della divisione*, intorno a che valgano le osservazioni da noi premesse nel §. CXXIII.

(*b*) Onde il Basevi al §. 829. « L'ipoteca data da un comproprietario rimane ferma nei limiti della sua quota, ancorchè il fondo ipotecato non pervenga a lui nella divisione » — Di che reca una decisione del Senato Supremo di Giustizia — Giurisp. pratica di Venezia Vol. 2. N. 43.

Digitized by Google

CAPO III.

DEL DOMINIO SOPRAVVENUTO AL DEBITORE DOPO LA COSTITUZIONE DELLA IPOTECA

§. CXXVIII. — *Teorica di Bartolo.*

§. CXXIX. — *Perchè la ipoteca si consolidi per l' acquisto posteriore è necessario un diritto precedente almenò personale ad rem.*

§. CXXX. — *Della natura omogenea, e dell' abilità formale del diritto precedente a legittimare la retroazione della ipòteca posteriore.*

§. CXXXI. — *La teoria di Papiniano che stabilisce la retroazione della ipoteca costituita sopra una cosa a conseguire la quale si aveva un precedente diritto, è singolare, e non deve di leggéri tradursi a conseguenze generali.*

§. CXXXII. — *Se la ipoteca costituita sopra cose che non erano in dominio attuale del debitore si convalidi in virtù dell' acquisto successivo.*

§. CXXXIII. — *Colui che non essendo proprietario acquistò in seguito l' immobile nullamente ipotecato, non può opporre tale nullità al creditore, ma può essere costretto a pagare il debito eziandio coi mezzi ipotecarî.*

§. CXXXIV. — *Della equità che assiste il creditore purchè sia di buona fede.*

§. CXXXV. — *Si ragiona in opposizione alla magistrale dottrina del Voet la quale conclude convalidarsi il pegno, malgrado la SCIENZA del creditore.*

§. CXXXVI. — *Continua la discussione sul medesimo articolo di diritto.*

§. CXXXVII. — *Delle opinioni di Merlin e di Troplong.*

§. CXXXVIII. — *Dei patti speciali atti a modificare la regola generale stabilita nei §§. precedenti.*

Digitized by Google

§. CXXXIX. — *Se la cosa ipotecata apparteneva a Tizio, e Tizio diventa erede dell' ipotecante, si convalida il pegno.*

§. CXL. — *Dell' effetto della ratifica del vero proprietario.*

§. CXLI. — *Riassunto delle dottrine dichiarate nei* §§. CXXXII. CXXXIII. CXXXIV. *in quanto e come siano applicabili nel confronto del sistema della pubblicità, e in ordine ai diritti dei terzi.*

Opinione del Grenier e del Chiesi.

§. CXLII. — *Opinione del Troplong.*

§. CXLIII. — *Risoluzione delle quistioni discorse nei due* §§. *precedenti secondo l' opinione dell' autore.*

§. CXXVIII.

Teorica di Bartolo.

Su quelle grandi orme verremo studiando la evoluzione del principio ipotecario fra alcune fasi singolari del dominio. L' ipoteca generale ha questo nome dalla illimitata estensione della sua efficacia sul presente e sull' avvenire; le investigazioni del dominio appartengono alla specialità (Capo I. di questo Titolo II.). Intorno alla quale ecco l' insegnamento di Bartolo. « Se la cosa tua propria vieni obbligando, manifesta è la validità della obbligazione. Se la cosa altrui, purchè con alcun filo di diritto e per una causa qualunque, a te si attenga, vale non meno la obbligazione. Onde, per quanto vuole la glossa, prima che il dominio sia da te perfettamente acquistato, il creditore tiene in se nulla più che il tuo diritto qual ch' egli sia, ma acquista il diritto sulla cosa stessa come al debitore si acquisti il dominio. Se non ti appartiene, o non sia per appartenerti la proprietà, e non hai che un gius in re, ebbene resta obbligato semplicemente quel diritto che possiedi (*a*). Laonde la obbligazione tanto vale e si estende

(*a*) Così, per le leggi romane è ammesso il pegno del pegno (suppegno) L. 13. §. 2. D. de pignor. e si dà il diritto di pegno a colui che non è protetto che dalla Pubbliciana.

Digitized by Google

quanto importa il diritto del debitore; ma *se costui in appresso acquisti il compiuto e perfetto dominio, allora dee l'uomo osservare; se tale acquisto successivo ha causa e radice in quel diritto che già al debitore competeva dopo l'acquisto, la cosa cade nell'obbligazione* (*a*). *Se per causa affatto estranea, il dominio pervenisse al debitore, non sa vedersi come la cosa che da costui venne obbligata allorchè non ci avea sopra diritto di veruna sorta, potesse ricadere nella obbligazione; e dovrebbe considerarsi come l'impegno della cosa aliena.* Che se al debitore non è ancora nè azione nè diritto reale sulla cosa da lui data in pegno, *ma l'ebbe obbligata alla condizione cum sua erit, non è dubbio che la obbligazione acquisti valore ed efficacia giuridica, al purificarsi della condizione* (*b*). Ma posto che quella condizione non sia espressa, e l'obbligazione ipotecaria sia pura e semplice, distingui. O il vero proprietario ratificò la obbligazione, l'ipoteca è valida. Se manchi la ratifica del proprietario, suddistingui. O il creditore *sapeva* che la cosa non apparteneva al debitore, in tal caso la obbligazione non riceve conferma, malgrado il posteriore acquisto del dominio. O *ignorava*, la obbligazione si conferma quanto all'azione utile (*c*) pignoratizia, che è l'ipotecaria (*d*).

(*a*) V. gr. si compì la usucapione per quel lievito della Pubbliciana che giustificava il possesso; ovvero la cosa per alcun debito obbligata si trasferiva in te *jure dominii* per una cessione *in solutum*, o in qualunque modo la cosa ti pervenne per uno sviluppo o derivazione o eccitamento del preesistente diritto.

(*b*) Aliena res utiliter potest obligari sub conditione — si debitoris facta fuerit — L. 16. §. 7. D. de pign.

(*c*) Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei ejus esse cepisti, datur utilis actio pignoratitia creditori — L. 41. D. de pignor. act. Glossa magna — ibi —

(*d*) Donell. de pign. cap. 7. e 8. Pothier Pand. art. 3. N. 18. Merlin. de pign. Lib. 2. T. 1. Qu. 2. N. 12.

Digitized by Google

§. CXXIX.

Perchè la ipoteca si consolidi per l' acquisto posteriore è necessario un diritto precedente almeno personale ad rem.

1. Noi ci accostiamo a una fiera quistione, che divide le grandi celebrità giuridiche; che vive ancora e pende indecisa dopo le applicazioni dei codici moderni che pensarono di aver deciso tutto; e ci farà per lungo tempo menar le mani, fintantochè un legislatore, gettando il bastone nell' arena, non c' intuoni: basta così.

Ho voluto recare innanzi la teoria di Bartolo che racchiude la somma della dottrina antica e fondamentale. È un solido punto di partenza. Esaminiamola alquanto nelle sue parti.

Ci si presenta in primo luogo il radicale divario fra ipoteca *generale e speciale.* La logica stessa di Papiniano non bastò a giustificare quella istituzione che attribuiva il gius d' ipotecare senza limite i beni che non erano in nostro dominio, a confronto di un' altra istituzione contemporanea che giudicava con estremo rigore la costituzione della ipoteca speciale. Ma il principe dei giureconsulti non tolse veramente di giustificarla, e fu contento nel dire, che tal era la consuetudine antica (*a*). Lasciamo dunque per ora di questa, e fissandoci nella *speciale*, replicheremo che questa sola è l' oggetto delle presenti nostre investigazioni.

Dove nacque la quistione fu rapporto a quei beni che non sono *nè perfettamente nostri nè perfettamente d' altrui;* ma sui quali abbiamo alcun diritto eziandio personale, qualche azione che li

---

(*a*) Conventio *generalis* in pignore dando bonorum postea quesitorum *recepta est* (e segue il testo che è bene aver sotto occhio) in speciem autem alienae rei collatae conventione, si non fuit ei, qui pignus debet, debita; *postea debitori dominio quaesito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienam, utilis actio dabitur; sed facilius erit possidenti retentio.*

Digitized by Google

richiama e li fa per così dire gravitare verso di noi; o in altri termini, che *in qualche modo ci sono dovuti* (*a*).

2. Giova mettere in chiaro questo concetto. Papiniano nella prima delle citate leggi si rimase al dire — se la cosa altrui che diamo in ipoteca *non è a noi dovuta*, ancorchè in appresso da noi si acquisti, non si dee credere (*b*) che l'azione utile possa concedersi al creditore che non ignorò che la cosa non apparteneva al suo debitore.

Fermiamoci ad esaminare quel *diritto* che in difetto della proprietà ci serve di veicolo a costituire la ipoteca. Semplicemente accennato in quel frammento, in alcuni altri luoghi Papiniano lo venne illustrando con esempî.

Il mio mandatario acquista un fondo nel mio nome e nel mio interesse, e prima che io ne avessi la materiale consegna, lo diedi in ipoteca; e dopo la tradizione, una seconda ipoteca v'imposi. Di che nacque quistione quale prevalesse dei due creditori ipotecarî. Il giureconsulto decise: colui che è anteriore nel tempo. *L.* 3. §. 1. *D. qui potior. in pign.*

Nella *L. filiam* 56. *D. ad Sen. Trebell.* troviamo un'altra decisione di Papiniano per la quale si vuole convalidata la ipoteca costituita dall'erede fedecommissario prima della restituzione della eredità.

Nel primo di codesti esempî abbiamo una forma del tutto *personale; reale* nel secondo. Categorie diverse: fondate in diversi principî. L'azione personale onde posso costringere un altro a rifarmi il danno qualora non presti il fatto della consegna di un fondo a me venduto (*c*), può considerarsi *causa prossima* dell'acquisto; contuttociò non mi attribuisce verun diritto reale. Io non ho propriamente della cosa nè il possesso nè il dominio. Sia pure

---

(*a*) *Deberi* — è la espressione di Papiniano L. 1. D. de pignor. L. 3. D. qui potior. in pign.

(*b*) Prevengo in qualche modo, così traducendo la mia interpretazione. V. §. CXXXIV.

(*c*) Si res vendita non tradatur, *in id quod interest agitur*. L. 1. D. de act. empt. vend.

Digitized by Google

che nel mio nome e per me il mandatario acquistasse, nondimeno finchè non era avvenuta la tradizione, la cosa non era mia; e il venditore avrebbe ancora potuto alienarla. Ma il fedecomissario, di cui l'altra legge ragiona, aveva un gius reale nella cosa; non altrimenti che il superficiario (*a*), l'usufruttuario, e tutti coloro che hanno un dominio semipieno o risolubile, i quali hanno insieme un gius ipotecabile e presente (*b*): ciò malgrado una gran distanza separa queste due posizioni giuridiche.

Vediamolo ancora colla scorta di qualche altra osservazione.

Quando io posseggo un'azione personale, colla quale posso influire economicamente onde altri mi dìa una realtà (*c*), la realtà non mi appartiene ancora (*d*). Sino a questo punto, rispetto alla cosa, io sono in una situazione deteriore di colui che non ha che un semplice gius in re: di usufruttuario v. gr., o di enfiteuta. Ma ove il debitore si decida alla consegna, io posso acquistarne di tratto una migliore e perfetta, se l'alienante aveva del fondo il pieno e perfetto dominio. In questa però, che io chiamerei *quantità del diritto*, non consiste la differenza vera. Essa consiste *nella diversa natura del rapporto che l'uomo ha colla cosa.* È manifesto che nel primo caso occorre il fatto di un terzo per il quale io possa congiungermi alla cosa e farla mia; nel secondo il rapporto fra la persona e la cosa esiste in una proporzione più o meno lata in ordine all'estensione della proprietà.

(*a*) L. 13. D. de pignor. §. 3.

(*b*) Di cui si tratterà nel progresso di questo Titolo.

(*c*) Io posso non vendicare la cosa, ma porre il mio debitore al duro passo di rifondermi l'interesse; sotto il peso della quale pressione egli può essere indotto a darmi di fatto la cosa da lui promessa.

(*d*) Castrens. ad L. rem alienam 41. N. 4. Silvan. ibi Merlin. Lib. 2. T. 1. Q. 2.

Digitized by Google

§. CXXX.

Della natura omogenea, e dell' abilità formale del diritto precedente a legittimare la retroazione della ipoteca posteriore.

Noi seguitiamo alcun poco a parlare del primo vincolo; del secondo, come cosa diversa, si ragiona in altro luogo. È dunque stabilito che *la ipoteca imposta sopra una cosa che non è ancor nostra, ma che ci è dovuta*, si convalida quando la cosa divenga nostra. Bisogna convenire che quel *res debita* di Papiniano non è suscettiva di molta latitudine. V' intendiamo due cose 1.° che la causa dell' acquisto sia *prossima* 2.° che il *titolo sia abile*. Non si direbbe causa prossima una speranza che non pone radice alcuna nel presente; nè *titolo abile* quello che non ha per obbietto il trasferimento della proprietà, e l' alienazione. La promessa di pegno, per esempio, non potrebb' essermi nè causa nè titolo all' acquisto. E se io, per tale lusinga, mi risolvessi di dare io stesso in ipoteca la cosa prima di acquistarla realmente; e di poi l'acquistassi, non potrebbe dirsi che l' acquisto consolida la ipoteca. Non sarebbe il caso della L. 1. de pignor., nè applicabile la sapiente teorica di Papiniano. Poichè *non res* (base fondamentale della ipoteca) ma un mero gius cauzionale sulla cosa, mi sarìa dovuto; il qual gius, se realizzato, non avrebbe potuto sostenere la ipoteca (*a*), molto meno lo poteva, in quello stato d' incertezza e di speranza. La teorica appiana per così dir l' intervallo che riman vuoto fra la vendita imperfetta e la sua consumazione, ma a tale congiunzione si vogliono termini omogenei. Si finge una continuazione di stato giuridico; e che l'acquisto fosse stato perfetto sin dal primo istante della promessa. Ma dal pegno non rampolla

---

(*a*) È vero che il diritto romano accordava *il jus pignoris in pignore*, ma nel caso di cui parliamo, il consenso delle parti si riuniva, non nella intenzione di dare e ricevere un suppegno, ma di dare e ricevere una ipoteca *super re*.

Digitized by Google

la vendita, la quale si avrebbe come *atto nuovo:* posteriore alla ipoteca non potrebbe quindi convalidarla (*a*).

§. CXXXI.

La teorica di Papiniano che stabilisce la retroazione della ipoteca costituita sopra una cosa a conseguire la quale si aveva un precedente diritto, è singolare, e non deve di leggieri tradursi a conseguenze generali.

1. Ho insistito su questo argomento che non è senza influenza nella soluzione del problema. Propriamente, nell'ordine logico, l'acquisto che diciamo *posteriore*, non lo è. Nel presupposto che la cosa che acquistiamo *ci fosse dovuta;* non facciamo che conseguire l'effetto del nostro diritto, e il suo pieno soddisfacimento.

La quale considerazione ci rende cauti a non trascendere nelle applicazioni di questa specie di gius di postliminio per il quale l'acquisto non solamente si retrotrae al momento della costituzione della ipoteca, ma anzi in un tempo anteriore, conciossiachè la proprietà, come soggetto passivo della ipoteca, debba preesistere a quella.

2. Io non direi, come parve a un illustre scrittore (*b*) che *oggetto della ipoteca non è solo la cosa immobile materiale, ma il diritto che conduce al possesso, al godimento, alla proprietà di questa, e che è causa giuridica, per cui e il costituente della ipoteca, e quindi il creditore, avente causa da lui, possono disporre della cosa stessa ed alienarla.*

(*a*) Queste osservazioni che io tolsi dal mio buon senso sono confermate nella trascritta teorica di Bartolo §. CXXVIII. Negusant. de pign. P. 2. M. 2. N. 57. e P. 8. M. 3. N. 17. — Onde la regola — *quod res in dominium debitoris reincidat ex jure illo, quod a principio competebat* — e non può ricevere altra spiegazione.

(*b*) Carabelli — P. I. C. II. §. XV. N. 6.

Digitized by Google

Le *cose* (res) sono l'oggetto dei nostri diritti, in quanto per mezzo delle cose tendiamo a realizzare un fine economico. Mancata la fiducia personale, subentrando l'impero delle *cauzioni reali, la cosa* che per le utilità che presenta ha un valore commerciale, è quella che prendiamo di mira, quella che cerchiamo di tenerci legata con qualche forma cautatoria, perchè è per essa che ci assicuriamo di conseguire quel fine economico: la soddisfazione dei nostri crediti.

Io riconosco che fra codesti *oggetti* della ipoteca vi hanno eziandio delle idee e delle concezioni metafisiche. Il così detto *dominio diretto*, per esempio, che non ha nulla di materiale ed è un ente di ragione. Vedremo però a suo luogo che quest'ultimo concetto involve la proprietà fondiaria. E però non è da porsi su questa linea *il diritto che conduce al possesso e al godimento della proprietà;* quantunque io abbia già convenuto ch'esso come *causa giuridica* può esser fonte di legittima disponibilità nel futuro proprietario. *Oggetto* della ipoteca e *causa giuridica* che produce il diritto di costituirla, mi sembran tener ragione fra loro di principio e di fine (*a*); laonde se oggetto della ipoteca si vuole appellare la materia sulla quale opera quasi suo fine materiale, sarìa ripugnante collo stesso nome indicare il *principio* qualunque da cui si sviluppano o possono svilupparsi codesti effetti.

3. La teorica di Papiniano (*b*) può considerarsi come una grande eccezione, che la sapienza antica ci offriva, a quella regola ordinaria e comune: *che la costituzione della ipoteca speciale per esser legittima richiede l'attualità del dominio nel costituente.* Per quella teorica noi impariamo, che questa regola fondamentale si modifica in quel caso singolare che Papiniano, trasvolando con alcuni tratti maestri, abbandonò alle meditazioni dei giuristi, e con alcuni esempi illustrò. Dico *eccezione*, non contraddizione nè anomalìa. Eccezione, perchè non si combina colla regola comune;

(*a*) Immediato — giacchè *fine ultimo* è quello cui accenno più avanti al N. 4.

(*b*) L. 1. D. de pignor. §. CXXIX.

Digitized by Google

contraddizione no; perchè dà luogo a un discorso logico che permette di farla armonizzare coi principî generali.

Ecco perchè io tengo, non si debbano dedurre troppo estese conseguenze da una singolarità, la cui applicazione deve restringersi anzichè ampliarsi, appunto perchè si arrischia di ferire le radici vitali del sistema.

4. Qual è dunque il cumulo ideale che la mia mente acquista dalla teorica di Papiniano? (*a*).

Io intendo la relazione che passa fra *il diritto di conseguire, e la cosa conseguita;* fra la potenza diretta a uno scopo e l'atto che la consuma; intendo come un diritto nuovo, quello della ipoteca, intromesso fra questi due termini, possa trovarvi solida base alla sua costruzione legittima. Intendo insomma la efficienza di certe cause giuridiche di natura difficile e recondita, capaci di coordinarsi logicamente coi principî del sistema, e di produrre la ipoteca.

L'illustre autore che ha detto — *vera materia della ipoteca essere il diritto sulla cosa o alla cosa immobile* (*b*) forse non avrà seguaci in questa opinione. La mia formula sarebbe questa. *Causa giuridica onde la ipoteca si legittima è il diritto di proprietà. Oggetto materiale e immediato della ipoteca, l'immobile o i diritti fondati nell'immobile*, come dirò a suo luogo. *Mezzo economico, una ideologica mobilizzazione del suolo coll'applicazione del Credito; oggetto economico e sociale*, o fine ultimo della ipoteca, *la sistemazione del Credito, la prosperità dei commercî, il bene generale.*

(*a*) Narrai nel §. CXXVIII. quella di Bartolo attesochè comprende il principio con tutte le sue dichiarazioni; ma qui mi basta toccare del pensiero di Papiniano, come unico soggetto di questo §.

(*b*) Carabelli P. I. Cap. II. §. XV. N. 6. Egli cita come contrarî gran numero di giureconsulti francesi e italiani. Gli piacque ricordare fra questi il mio povero nome che si onora di essere ricordato dagli uomini insigni, anche in senso di opposizione, sendo proprio delle cose disputabili non sempre e in tutte accordarsi. Nel Contratto d'enfiteusi P. I, Cap. I. §. 7. . . . io dissi — *che l'azion vendicatoria dell'immobile non è capace d'ipoteca*. Più avanti darò spiegazione di quel mio concetto.

Digitized by Google

Del resto noi ci troviamo in perfetto accordo coll' illustre scrittore dove conclude — *non è l' immobile fisico, nè la proprietà assoluta, la esclusiva materia della ipoteca; ma questa è fornita eziandio dal diritto qualunque e dal godimento della cosa.* Pare dunque non vi sia altra divergenza fra noi che nel modo di dimostrare una stessa verità. Se non che io lascio *all' immobile fisico* il suo luogo di *oggetto materiale;* e seguito a chiamare *causa o condizione giuridica* della legittimità ipotecaria il rapporto giuridico che congiunge la cosa a colui che la sottopone ad ipoteca.

§. CXXXII.

Se la ipoteca costituita sopra cose che non erano in dominio attuale del debitore si convalidi in virtù dell' acquisto successivo.

Noi supponiamo un passato vuoto d' ogni diritto (*a*). Possiamo anche supporre un passato nel quale, a così dire, nuotino diritti incerti e remoti, ai quali l' avvenimento posteriore non possa congiungersi col forte cemento di una costruzione analoga. In ognuno di questi casi cessa la teorica di Papiniano; *e però l' acquisto posteriore dell' immobile dato in ipoteca* non retroagisce sulla ipoteca anticipatamente concessa.

Chi ha meditato su questo soggetto non ha potuto pensare una riconciliazione fra due principî che sembrano risuscitare nel regno della giurisprudenza la dualità inevitabile di certi sistemi morali del vecchio tempo.

L' attualità del dominio che è la legge delle ipoteche convenzionali (*b*) e la facoltà d' ipotecare i beni futuri, sono idee che si distruggono. Tutto ciò che ne hanno detto Coquille (*c*), Basnage (*d*)

(*a*) Laddove nei precedenti §§. si è trattato di un acquisto derivato da un gius preesistente.

(*b*) L. 1. D. de pignor. Regol. Pontificio §. 126. Codice delle Due Sicilie art. 2015. Sardo 2190. Toscano LXXII. Austriaco I. R. Patente del 1826.

(*c*) Stat. Nivern. C. 7. art. 10.

(*d*) Cap. 5.

Digitized by Google

e lo stesso Pothier (*a*) è rancido, e divenuto quasi insopportabile. Il legislatore soltanto potrà ricondurre l'armonìa fra cotanta discordia. L'acume degli antichi lo tentò immaginando che la *res aliena* si potesse dare utilmente a pegno sotto la condizione che nostra divenisse. Sottigliezza che non ci approda in nulla. Per sè sola, codesta formula non basta davvero a legittimare la ipoteca speciale, e dove la ipoteca generale è permessa, non domanda giustificazione alla logica giuridica: essa può esistere, non giustificarsi.

§. CXXXIII.

Colui che non essendo proprietario acquistò in seguito l'immobile nullamente ipotecato, non può opporre tale nullità al creditore, ma può essere costretto a pagare il debito eziandio coi mezzi ipotecari (*b*).

Abbiam detto (§. CXXXI.) che l'acquisto posteriore non convalida la ipoteca se in alcuna guisa la cosa non ci fosse dovuta.

Ciò che noi teniamo con un diritto o condizionale o risolubile, ci appartiene benchè imperfettamente, ed è questo il senso della *L.* 181. *D. de verb. sign.* che altrimenti intesa sarebbe in opposizione col principio insegnato da Papiniano nella *L.* 1. *D. de pign.* soggetto della presente discussione (*c*).

(*a*) Introduz. al Tit. 20. dello Statuto d'Orleans.

(*b*) §. CXXVIII. in fine.

(*c*) *Pertinere ad nos etiam ea dicimus quae in nulla eorum causa sint, sed esse possint.* Lo vedremo più avanti nel Capitolo relativo alla ipoteca sui beni che ci appartengono condizionatamente.

Digitized by Google

§. CXXXIV.

Della equità che assiste il creditore purchè sia di buona fede.

1. La *L.* 41. *de pign. act. e la* 5. *Cod. si aliena res pignori* etc. dicono espressamente che, *se colui che diede in pegno la cosa altrui ne diventa padrone, il creditore ha l' azione utile del pegno.*

Ciò che la severa regola del diritto (*a*) non consente, è supplito dalla equità; perciò la giurisprudenza antica disdegnando accordare l' azione ipotecaria ordinaria e *diretta*, fu benigna della *straordinaria e utile;* o in factum (*b*).

Ma la equità non abita che colla buona fede: vergini sorelle use a vivere solitarie nel fondo delle coscienze. Non potria il debitore senza vergogna opporsi alla domanda del suo proprio creditore. Ipotecando la cosa altrui, egli commise un' azione illecita, e si rese responsabile ugualmente verso le leggi morali e civili. Se l' evento venne come a dire in soccorso del creditore ingannato, il debitore non potrà con una seconda frode aiutare la prima. La *replica del dolo* che appartiene al creditore, soffoca la invereconda eccezione.

La replica del dolo male si addirebbe a colui che non avesse la coscienza netta. Onde Papiniano scrisse quelle che parvero misteriose parole — *DIFFICILIUS creditori qui rem non ignoravit alienam, actio dabitur* (*c*). Io non esito a vedere in questa formula una sentenza negativa, e la condanna del creditore di mala fede, di colui cioè che sapeva di aver contrattato sulla cosa che non apparteneva al suo debitore. Ben può dirsi che amendue scherzassero, o a vicenda traessero il laccio: non sono queste le convenzioni che la legge toglie a proteggere. Fra la scienza e l' ignoranza del creditore, fra la buona e mala fede, non ci poteva

(*a*) La regola Catoniana — quod ab initio non valet, ex post facto non convalescit.

(*b*) Cujacio — ad L. rem alienam 41. detta.

(*c*) L. 1. D. de pign. act.

Digitized by Google

esser via di mezzo; e il giureconsulto aveva posti troppo nettamente i termini della quistione (*a*) per restare egli stesso indeciso.

2. Nondimeno quante oscitanze produsse quella espressione, (difficilius)! Grandi e modesti quegli antichi non pronunciavano le sentenze loro col piglio di certi moderni che tutto sanno. Osservava assai bene il Donello (*b*) che i giureconsulti solevano esprimere con certe locuzioni timide e vereconde i trovati dei loro alti intelletti, quando abbandonati in certo modo dalla tradizione e dall' autorità, si facevano essi medesimi autori di nuove teorie. Le loro *opinioni* non imponevano; onde se altri ne disputasse non perciò fosse da aversi in dispregio come gente di picciol senno (*c*). Nè per questo pendevano nelle proprie opinioni incerti o dubbiosi: non dubita chi ha delle idee chiare come avevano essi (*d*).

(*a*) Rivedi il testo L. 1. D. de pign. d.

(*b*) Tract. de pignor. Quaest. 7.

(*c*) Sic enim jurisconsulti solent, cum de re non usque adeo explorata et certa sententiam suam exprimere volunt; ut non certo et asseveranter id esse pronuncient, sed sententiam suam timide ac veluti dubitantium more proponant; ut etiam si aliud videri queat, tamen ipsi hanc vel in illam partem inclinare se ostendant.

(*d*) E così tennero la glossa *difficilius-idest non dabitur*, Bartolo ad l. 1. eod. Cujacio ad L. 41. D. de pign. act. Nootd Gotofredo in d. l. 1. Pothier Pand. ad 4. t. Bachovio de pign. L. 2. C. 1. Negusant. P. 2. M. 3. N. 56. Castrens. ad L. 41. d. Cumano ad L. 1. D. de pign. merc. Merlin. Lib. 2. T. 1. Qu. 2. N. 7. 8. e molti altri fra cui recentemente il nostro Carabelli P. I. C. II. §. XV. Voet introdusse una interpretazione — Tit. — quae res pignoris N. 4. che Merlin e Troplong seguitarono, e che non parmi potersi accettare per le ragioni che vengo dichiarando nella discussione del §. seguente.

Digitized by Google

§. CXXXV.

Si ragiona in opposizione alla magistrale dottrina del Voet la quale conclude convalidarsi il pegno, malgrado la SCIENZA del creditore.

1. Ho voluto ricordare la serie numerosa e i grandi nomi degli autori che spiegano in senso assoluto l'apparente esitanza del responso papinianèo, imitando colui, che mal fidente del proprio valore, ha bisogno d'interrogare coll'animo la forza de' suoi alleati per combattere con coraggio un nemico potente. Il Voet volle introdurre una dottrina nuova che sostenne con tutto il vigore del suo robusto ingegno (*a*), sulle cui orme posero il piede il Procuratore Merlin (*b*), e da ultimo il Troplong che se ne scioglie con poche e leggiere parole (*c*).

La causa in cui si fonda il Voet è quella assai nota — *confirmato jure dantis etiam jus accipientis confirmatur.* Ed ecco nel primo passo sviata la quistione. La legge fondamentale della ipoteca speciale *è l'attualità del dominio nel debitore.* Una limitazione è indotta per suggerimento della equità, *in soccorso di colui che fu ingannato* da un debitore di mala fede: la ragione cessa se il creditore non fu punto ingannato (*d*). Il principio ricordato dal nobile giureconsulto suppone nelle circostanze giuridiche del caso l'abilità di una reintegrazione iniziale; il che non sempre nè in tutti i casi si verifica. Non si dee dimenticare che accanto a quello ne sorge un altro che non vuol esser meno generale e pretende anch'esso all'assolutismo — *quod ab initio nullum est tractu temporis convalescere non potest.* Abbandonati, in certo modo, questi principî a se stessi, si distruggerebbero a vicenda.

(*a*) Ad Tit. Pand. quae res pign. N. 4.

(*b*) Repert. V. Ipot.

(*c*) All'art. 2119. N. 525.

(*d*) Quia quando creditor fuit sciens, debitor non est obligatus creditori contraria pignoratitia, quia eum non decipit — ad L. 1. §. in speciem D. de pignor. Bartolo.

Digitized by Google

Ma il vero si è ch' essi hanno una efficacia meramente relativa, la quale dipende da combinazioni giuridiche che variano col fatto.

Perchè adunque in quella dignità — *confirmato jure dantis etiam jus accipientis confirmatur* — potesse trovarsi la virtù di decider la quistione, converrebbe mostrare che non può averne nessuna quell' altra che si presenta come opposta — *ciò che a principio fu nullo, non può col tempo convalidarsi.* Ma noi dobbiamo a questo anzichè a quello tenere, considerando che la ipoteca speciale ove non riposi *sul dominio attuale* non ha base che la sostenga.

Laonde si dirà non esser punto vero che si *confermi il gius del dante*, quando egli acquista *ex nova causa* quell' immobile che mai non ebbe; giacchè il gius che vogliamo veder confermato è quello di *dare una ipoteca speciale sul fondo altrui;* il quale mai non appartenne a colui che costituì la ipoteca, e non può retroagire perchè *in una quistione di tempo* il passato è irreparabile (*a*).

2. E male, come io credo, si argomenta dalla *L.* 42. *D. de usurpat. et usuc.* e dalla *pen. D. de fund. dotali.*

In queste leggi è lo stesso Papiniano che ci avverte che *quantunque non sia valida la vendita del fondo dotale fatta dal marito, sapesse o no il compratore che trattavasi di fondo dotale*, nondimeno se, *morta la donna, lucrò la intera dote il marito, la vendita si conferma.* E non meno si conferma *la vendita della cosa furtiva, se il venditore succede per eredità al rubato.* Ma sendochè la vendita della cosa altrui era permessa in quella giurisprudenza, come più volte si è ricordato, non trovi in codeste conseguenze cosa alcuna che non sia correlativa alle regole stabilite.

3. L' acume del giureconsulto si porta su quella discretiva — *difficilius* creditori qui rem non ignoravit alienam, utilis actio dabitur; sed *facilius* erit possidenti retentio: quasi a denotare in quest' antitesi un giuoco di parole che accennava a due probabilità diversamente remote. Ma si direbbe un risolvere la quistione

---

(*a*) Onde la retroazione di cui discorre il §. CXXXIV. non è fondata sulla ricostruzione del tempo, ma in una ragione d' equità. Quelle decisioni inoltre non hanno carattere di regole generali, ma sono responsi singolari, come potrei ora dimostrare.

Digitized by Google

colla quistione, giacchè se nell'una locuzione il senso è positivo *et per modum regulae*, lo sarà nell'altra similmente.

4. Non neghiamo che d'ordinario il vocabolo — *difficile* — esprima realmente una difficoltà più o meno vincibile; uno di questi casi è il citato dal Voet — *L.* 1. §. 9. *D. de postul.* A coloro che l'editto del pretore avea notati d'infamia non era dato l'onore, così reputavasi, di perorare le cause; ma se la perduta fama avessero potuto ricoverare nelle vie legali e colla restituzione in intiero, cessava la proibizione dell'editto. Questo è ciò che Ulpiano chiama *cosa difficile*, e aveva ragione. *Facilis descensus averni; Sed revocare gradum superasque evadere ad aures; Hic labor, hoc opus.* Chiamava difficile ciò che è veramente difficile; non però impossibile. E così diremo di altri casi che numerare sarebbe troppo lungo (*a*).

Certo sarebbe arduo sostenere in tema astratto che *difficile* contenga una negazione assoluta, ond'è che si deve accuratamente esaminare il caso speciale che si ha sott'occhio, e da quello non divertire. La somma dei giuristi attribuì quel significato alla espressione di Papiniano, perchè nessun altro vi si poteva attribuire. Lo abbiamo già detto; fra la scienza e la ignoranza medium non datur; nè quel sovrano intelletto potea rimanersi dubbioso per altri e diversi aspetti che la quistione gli presentasse. D'altra parte la dottrina era troppo coerente alla natura della eccezione *del dolo*, solo rifugio del creditore che pretende la ricostruzione di una ipoteca nullamente costituita, per sospettare ch'egli esitasse nel proclamare un sì onorevole principio di moralità giuridica.

5. Nè giova l'obbiettare che pure un utile rimedio è dato *al creditore sciente colla ritenzione.* Chi ignora i privilegi del possesso? Il *patto nudo* non partoriva l'azione; ma era causa efficace di ritenzione. Dato il possesso, il caso rientra nel dominio di quelle regole che vi sono relative (*b*).

(*a*) Ecco però un altro testo, in cui *difficile* sta in senso affatto negativo. Ulpiano. *L. sed et si lege* §. 14. *D. de hered. petit.*

(*b*) Cujac. loc. cit. Pignus rei alienae convalescere non acquisitione dominii, non quidem ipso jure, non directo sed per *retentionem* . . . . La ragione immediata è fornita dallo stesso Cujacio. Per retentionem,

Digitized by Google

6. Ma l'ingegno dell'oppositore non ci dà tregua, e insiste dicendo che la questione della immoralità, che ha sua sede nelle materie penali, a siffatta civile controversia deve reputarsi straniera. Se non che grave ostacolo a vincersi era quello della *L.* 9. §. *Titia D. qui potior in pign.* (*a*), ma il Voet tenta volgerla a profitto della sua tesi.

§. CXXXVI.

Continua la discussione sul medesimo articolo di diritto.

1. Ecco il sunto del famoso §. Titia della L. 9. (V. sopra). Tizia accorda ipoteca a Tizio sul fondo non suo; indi a Mevio, alla condizione però che il pegno dato al primo creditore sia già sciolto (*b*). Divenuta poi in effetto padrona del fondo, lo cede al marito a titolo di dote stimata. E qui soggiunge Africano che quantunque il debito di Tizio sia liberato, non per tanto il pegno si convalida a favore di Mevio. Perciocchè, onde si confermi il pegno del secondo creditore, soddisfatto già il primo, è cosa al tutto necessaria che *il bene ipotecato si trovi in quel tempo* nel patrimonio del *debitore*. In questo caso compratore è il marito (*c*): or quando mai il bene ipotecato fu nel patrimonio del debitore? In nessun tempo. Non quando si obbligò a Mevio; non quando a Tizio venne soddisfatto. Non vi ha dunque momento nel quale il pegno di Mevio acquistasse vigore. Ciò però deve dirsi nel solo

---

id est per exceptionem doli mali, quod improbe debitor velit rem auferre creditori quam ei pignoravit, quam sit mendax, nam actioni vel exceptioni doli insunt mendacia — L. quid enim de dolo — *et hoc etiamsi creditor sciverit* rem sibi alienam pignorari: nam *ignoranti* certum est non tantum dari exceptionem, *sed etiam utilem actionem.*

(*a*) Il §. è così compendiato da Bartolo — *Pignus super re aliena contractum non potest confirmari, si tempore quo causa confirmationis evenit, res in bonis debitoris non reperiatur.*

(*b*) Giunta della Glossa — e non ammessa da Cujacio.

(*c*) Trattandosi di dote stimata.

Digitized by Google

caso che il marito comprasse in buona fede, ignorando che il fondo fosse a Mevio obbligato. Così la legge.

E Voet ne conduce obbiettando, per quella legge esser fatto chiaro che il pegno dato sulla cosa altrui si consolida per l'acquisto che indi ne fece il debitore obbligante; *senza riguardo a buona o mala fede, a scienza o ad ignoranza;* e sembra volerne cavare una regola generale, aggiungendo che nè Cujacio nè Bacovio, nè altri, seppero alla difficoltà satisfare.

Egli ragiona in questo modo. Non vedete, egli dice, che se il pegno dato a Mevio non si conferma per l'acquisto di Tizio, ciò fu puramente e semplicemente perchè la costituzione di quel suo pegno soggiacque alla condizione del previo pagamento di Tizio, creditore anteriore? Ma se questa condizione non fosse stata, quale ostacolo avrebbe Mevio incontrato perchè la sua ipoteca non fosse già risorta e divenuta perfetta coll'acquisto che fece il debitore del fondo a lui ipotecato? Certamente il secondo creditore dee sostenere la prevalente concorrenza di chi lo precede, ma ciò nulla toglie alla conferma della sua stessa ipoteca, comecchè in ordine posteriore.

A noi pare che il Voet abbia estesa la decisione d'Africano a caso non contemplato. Due sono i punti controversi che il responso d'Africano risolve — 1.° che non può confermarsi il pegno dato *super re aliena*, se nel tempo in cui nasce l'evento che potrebbe confermarlo, il bene ipotecato non si trova in dominio del debitore — 2.° che tuttavolta se il marito compratore non ignorava che il fondo era già obbligato a Mevio, egli non potrebbe schermirsi dal soddisfarlo. E ne avete una prova novella del rispetto che la legge tributa alle coscienze.

Ma è manifesto che la sentenza di Papiniano la quale nega al creditore *sciente* il diritto di reintegrare una ipoteca originalmente nulla, non è punto contraddetta da quella di Africano. Giacchè noi dobbiam credere che quel Mevio ideale non avrebbe mai veduto confermarsi la sua ipoteca, malgrado il posteriore acquisto del debitore, *s'egli non avesse potuto produrre il requisito della sua buona fede.*

E basti di questo disputare col Voet; ora veniamo ad opposizioni di minor forza.

Digitized by Google

§. CXXXVII.

Delle opinioni di Merlin e di Troplong.

1. Il primo (*a*) si appiglia alla dottrina del Voet; cita le medesime leggi; e vi aggiunge del suo queste osservazioni. Niuno, egli dice, saprebbe contraddire al creditore. Il debitore no: egli sarebbe respinto dalla eccezione del dolo. Non il terzo a cui il debitore avesse venduto o ipotecato il fondo dopo esserne divenuto proprietario. Giacchè il costui titolo sarebbe necessariamente posteriore a quello del creditore la cui ipoteca aveva ricevuta tutta la sua efficacia dal momento dell'acquisto; nè *il proprietario poteva trasferire maggiori diritti ch' egli medesimo non aveva.*

Questi argomenti dell'antico Procuratore generale son veri; e se noi vi poniamo credenza, nello svolgersi del presente discorso sarà manifesto. Ma se a Voet non riuscì di escludere la necessità della *buona fede* in colui che ribatte l'offesa *colla replica del dolo*, davvero che la giunta di Merlin poco peso accresce alla derrata del dotto olandese.

Discende a combattere il responso di Papiniano, e si ferma sul *difficilius*, che non fosse mai caduto dalla penna di quel grand' uomo! Confessa che quel Pothier, cui giustamente i francesi s'inchinano, non aveva visto in quella forma che una *modesta negazione:* che è benissimo detto. Ma le risposte non le cava dal fondo suo proprio; egli ripete ancora la dottrina del Voet, e vi accende le candele davanti senz'altro esame.

Bene assevera che Voet non è che *l'eco di moltissimi giureconsulti i quali sostengono la medesima opinione:* ma di sì gran numero non sa citare che il Tuldeno, che ritrattossi in un luogo del suo comento al Digesto (*b*). Concediamo che l'insigne professore di Lovanio, che male ragionò la prima volta, non fosse molto felice nella seconda; ma ciò nulla toglie alla verità. È però

(*a*) Repert. V. Ipoteca Quest. N. 4.

(*b*) Ad Tit. de pign. et hypot. Cap. 3.

Digitized by Google

singolare che il Merlin ricorra a una opinione dal proprio autore abiurata, per provare la universalità della dottrina.

2. Il Troplong (*a*) va leggèro e spedito; non esamina nulla; non si occupa di nulla. Ricorda Voet, ricorda Merlin, ne ripete gli argomenti più deboli: e si contenta al dire — *che la interpretazione di Voet è la migliore e fondata sui veri principî.*

§. CXXXVIII.

Dei patti speciali atti a modificare la regola generale stabilita nei §§. precedenti.

È posto, come parmi, in evidenza che l'acquisto posteriore del debitore non basta a convalidare la ipoteca del creditore *super re aliena*, qualora costui non possa nutrire di buona fede la sua *replica del dolo*. Ma il patto, senza cangiare i principî, potrebbe dare agli effetti una diversa direzione. Se il debitore, confessando che la cosa sulla quale egli pone ipoteca non gli appartiene, si obbligasse al creditore di averla per vera e ratificata, allorchè si realizzasse in lui la speranza più o meno remota di diventarne padrone, certo è che la originale *scienza* del creditore non gli potrebb'essere di nocumento (*b*). Ben guardando, la teoria rimane nel dominio degli stessi principî. La buona fede sarebbe interamente dal lato del creditore, poichè è sempre in buona fede colui che è assistito dal patto legittimo (*c*).

(*a*) N. 525.
(*b*) Bartolo — V. S. §. CXXVIII. Negusant. P. 2. M. 3. N. 56.
(*c*) L. 2. §. 4. D. de doli m. except.

Digitized by Google

§. CXXXIX.

Se la cosa ipotecata apparteneva a Tizio, e Tizio diventa erede dell' ipotecante, si convalida il pegno.

1. È una antinomìa celebre quella fra la *L. si Titio* 22. *D. de pign. et hypoth.*, e la *L. rem alienam* 41. *de pign. act.* Modestino disse chiaramente e lucidamente quello che la nostra proposizione accenna (*a*). Paolo nell' altra legge dice letteralmente il contrario (*b*).

Gli sforzi degl' interpreti per conciliare il senso discorde di quelle leggi tornaron vani. Esse sono di conciliazione proprio disperata. Indarno si distinse fra equità e stretto diritto; indarno si tentò ripiegare con interpellazioni che la nitidezza dei testi non sostiene. Dionigio Gotofredo (*c*) vi spese intorno quell' acume d' ingegno che nella brevità si rinforza e sfavilla: indarno. Quei testi sono contradditori. Cujacio (*d*) pensò che Modestino, come quello che sopravvisse al giureconsulto Paolo suo coetaneo, ne revocasse in fatto la sentenza, e una nuova ne tenesse e diversa. Ma senza venire in questo supposto, probabil cosa è che Modestino interrogato in caso identico diversamente rispondesse; sicchè l'avere ravvicinato nello stesso corpo delle leggi quelle disposizioni contradditorie debba attribuirsi ad incuria del compilatore delle Pandette che tante cose guastò per la fretta. Contuttociò essendo un vero storico che Modestino più di Paolo durò la vita, lasciamo pure al secondo e migliore giudizio la presunzione della posteriorità.

(*a*) Si Titio qui rem meam, ignorante me, creditori suo pignori obligaverit, haeres exstitero; ex post facto pignus directo quidem non convalescit, *sed utilis pigneratitia dabitur creditori.*

(*b*) Rem alienam pignori dedisti; deinde dominus rei ejus esse caepisti; datur utilis actio pigneratitia creditori. *Non est idem dicendum si ego Titio, qui rem meam obligavit sine mea voluntate haeres extitero.*

(*c*) Ad L. 41. d.

(*d*) Observ. XIX. — Pothier ad Pand. de pign. N. 20.

Digitized by Google

2. In questo a noi basterà far ragione che la somma dei giuristi di tutti i tempi accettò la sentenza di Modestino (*a*), chè è una verità evidente.

Essa ha luminoso riscontro nel principio: che l'erede è tenuto del fatto dell'autor suo. Qualche oppositore vi ha, ed è naturale, fra tanti che scrivono, e pretendono alla originalità a cui non si sale coi mezzi ordinari del sentir comune. Nessun maggiore ingegno che il Presidente Fabro; genio solitario che talvolta rivela errori secolari, e spesso si compiace nella maraviglia dei sofismi e dei paradossi che piantati con forza si confutano con fatica. Egli ammette (*b*) che l'erede il quale, agendo, contravviene il fatto dell'autore, può esser agevolmente respinto *coll'eccezione del dolo*. Ma se voi potete con tal eccezione mandar vuoto il disegno dell'erede che tentava ritogliervi quel diritto che il defunto dato vi aveva, voi però *in agendo* non avete possanza alcuna. Così il Fabro. E ne discenderebbe, come osserva giustamente Merlin, che se il defunto mi avesse venduto un fondo senza consegnarmelo, io non potrei costringere l'erede a compiere questa obbligazione dell'autore. Ma se non mi si potrà negare l'azione empti, perchè mi si vorrà negare l'ipotecaria che tende all'adempimento di un'altra obbligazione non meno legittima?

Il Fabro parifica l'accettazione della eredità ad una ratifica degli atti del defunto; ma, soggiunge, essere fermo principio, che la ratifica non opera che per quegli atti che furono fatti nel nome del ratificante; laddove il defunto fece quell'atto, originalmente nullo, non in nome dell'erede ma nel proprio. Dottrina

---

(*a*) Glossa ad L. si Titio D. de pignor. Bald. et Castr. in L. rem alienam 41. D. de pign. act. Merc. Merlin de pign. Lib. 2. Q. 3. Baldwin de pign. qu. 12. Brunemann. in L. 41. D. de pignor. Cujac. ad l. 41. d. Voet ad Tit. quae res pign. N. 1. Richerio Jurispr. Vol. 9. §. 1405. Mornac. ad L. 41. d. Pothier ad Pand. Lib. 20. T. 1. N. 20. il Proc. Merlin. V. Ipot. §. bis N. V. Troplong N. 527. Cannetti pag. 567. Carabelli P. I. Cap. IV. §. XV. N. 11. il quale indica alcune decisioni dei Tribunali Austriaci tratti dalla Gazzetta dei Tribunali di Milano Anno 2. N. 98.

(*b*) Conject. Lib. 20. C. 17. et Rational. ad Pand. L. 41. de pign.

Digitized by Google

infelice, senza nervo giuridico, senza verità pratica, e che menerebbe dritto alla ingiustizia! L'accettazione dell'eredità non è a dir proprio una ratifica. Diciamo ratifica quell'atto che ha per ispeciale suo intento confermarne un precedente di cui si conosce e si confessa la irregolarità o la nullità. L'erede trasporta in se tutte le obbligazioni del defunto per una conseguenza di quella identificazione di personalità civile che l'adizione ereditaria produce. D'altra parte non si ammetterà così di leggieri che il terzo non possa ratificar l'atto che altri fece irregolarmente nel nome di lui (*a*). Nè l'erede è un terzo; ma è la stessa persona che continua a vivere civilmente sotto spoglie mutate; immortale, se avrà eredi in eterno.

Adunque niente importa se l'autore che costituì la ipoteca sulla cosa altrui, lo facesse in nome proprio e non del vero proprietario: quando il vero proprietario gli succede in qualità di erede universale, ogni difficoltà è tolta.

§. CXL.

Dell' effetto della ratifica del vero proprietario.

Siamo venuti ragionando del diritto d'ipotecare le cose che non abbiamo nel dominio nostro, e della *riconciliatio pignoris* per sopravvenute acquisizioni sviluppando le tesi seguenti —

1.° che validamente possiamo ipotecare il fondo che teniamo a noi con un precedente vincolo di diritto, abile a partorire l'acquisto, e che in effetto mediante la realizzazione di quel diritto abbiamo conseguito (§. CXXXI.) (*b*).

2.° che l'acquisto che il sedicente e putativo proprietario fece del fondo nullamente ipotecato, ha la indiretta virtù di convalidare il pegno, coll'attribuzione di una eccezione in factum per

---

(*a*) V. il §. seguente.

(*b*) Ricordarsi, che parliamo sempre della ipoteca *speciale*, poichè la *generale* procede da altre norme.

Digitized by Google

la quale al nuovo proprietario sarebbe impedito di opporsi alle azioni del creditore di buona fede (§§. CXXXIII. CXXXIV. CXXXV. CXXXVI. CXXXVII.).

3.° che similmente si convalida il pegno, quando il vero proprietario è succeduto in qualità di erede universale al debitore.

La seconda e terza tesi non considera la quistione sotto l'aspetto *dell' interesse dei terzi*. È ciò che cominciamo a porre sotto severo esame.

Io vedo due ordini di *ratifiche*. Quelle che nascono piuttosto dal fatto che dalla intenzione; e le chiamo ratifiche *improprie;* quelle che sono immediatamente prodotte dalla volontà espressa o presunta di ratificare, e le chiamo ratifiche *proprie*. Quelle sin qui esaminate, appartengono alla prima categoria; ora sarà breve discorso delle altre. Il vero proprietario può senza alcun dubbio confermare e validare il pegno che altri con inutile arbitrio tentò imporre sulla cosa sua; la quale ratifica ha tutto il suo effetto nel caso eziandio che il proprietario avesse prima di quel tempo ignorato l'abuso che si era fatto della sua proprietà. È ciò che viene stabilito dalla L. 20. D. de pignor. act. (*a*), e dalla L. 16. D. pignor. (*b*).

Dalla ratifica espressa alla tacita non corre divario se non per la forma del linguaggio: quanto cioè ne corre dal linguaggio delle parole a quello dei fatti. Ma se dell' idioma parlato è guardiano e custode il vocabolario; la varietà dei fatti è infinita, nè vi ha lessico che la restringa. Nè questo è il luogo per tenerne lungo proposito. Niun dubbio che prova stupenda di ratifica sarebbe il fatto della malleveria che il proprietario stesso prestasse al debitore costituente la ipoteca (*c*). Altro esempio ci porge il testo in

---

(*a*) Aliena res pignoris dari voluntate domini potest, *sed et si ignorante eo data sit, et ratum habuerit, pignus valebit.*

(*b*) *Si nesciente domino* res ejus hypotheceae data sit, *deinde postea dominus ratam habuerit*, dicendum est hoc ipsum quod ratum habet, *voluisse eum retro recurrere ratihabitionem ad illud tempus quo convenit.*

(*c*) . . . . bellissime intelligitur hoc ipso quod fidejubeat, quodammodo mandare res suas esse obligatas. L. 16. §. 1. D. de pignor. — Seguita il testo, che però le cose obbligate *post fidejussionem* non si vogliono comprese nella ratifica.

Digitized by Google

colui che, ben istrutto della convenzione, soscrisse l'istromento in qualità di testimonio (*a*); alle quali specie, celebrate nella solennità del testo, la pratica quotidiana ne aggiungeva altre senza numero (*b*); e sono tutte quistioni di fatto.

È dell'indole di ogni ratifica non alterare la stabilità dei diritti acquisiti, e la ragione dei terzi (*c*).

Ne segue che le *ipoteche nell'intervallo costituite dal vero proprietario si rimarrebbero in tutta la loro forza.*

§. CXLI.

Riassunto delle dottrine dichiarate nei §§. CXXXII. CXXXIII. CXXXIV. *in quanto e come siano applicabili nel confronto del sistema della pubblicità, e in ordine ai diritti dei terzi.*

Opinione del Grenier e del Chiesi.

Secondo Grenier (*d*) tutte quelle controversie vengono a perdersi nella regola semplicissima che oggidì governa *la Ipoteca speciale.* « In questa legislazione vi sono due punti essenziali, egli dice, che non bisogna perder mai di vista: l'uno *è la stabilità* della ipoteca; l'altro la sua efficacia. La sua stabilità consiste nella *certezza* della proprietà nella persona di colui che dà la ipoteca nel momento in cui la dà ».

Partendo da questo principio, egli non riconosce retroazioni; riabilitazioni indietreggianti al tempo in cui si costituì illegalmente la ipoteca; « una iscrizione, egli continua, non può arrestare i terzi i quali possono conoscere che l'immobile non era di colui che lo ipotecò ».

(*a*) L. si fidejussor 26. §. 1. D. de pign.

(*b*) V. in questo proposito Gratian. discept. for. Cap. 704. — Montan. de tut. cap. 33. N. 516. 517. et seqq. Cavaler. Decis. 139. Card. Tusc. Litt. R. Concl. 15. per tot.

(*c*) Tusc. Litt. R. Conclus. 22. e 24. Honded. cons. 83. N. 43. L. 2. Costa de retroact. Cap. 8. cas. 4.

(*d*) T. 1. N. 51.

Digitized by Google

Nè distingue l' una dall' altra causa; e giudica del pari e il caso dell' acquisto della proprietà posteriormente fatto, e quello di una successione ereditaria (*a*). Illustra la sua tesi principalmente coll' esempio della donazione revocata per ingratitudine; e con Basnage, stabilisce ed accerta la validità delle ipoteche che nell' intervallo il figlio donatario avesse imposte sulla proprietà donata.

Un po' più avanti spinge la quistione sopra un terreno pericoloso, e sul quale potrebbe anco non sostenersi. Immagina un affittuario, che possedendo pubblicamente con piglio e sembianza e ostensione di proprietario, tale fosse dalla opinione riputato. « In tal caso, sono sue parole, deve far supporre la proprietà, soprattutto se vi sono dei titoli che rendano questa proprietà apparente; la ipoteca è allora costituita *in buona fede, almeno* perciò che riguarda il *creditore;* in modo che *se colui che ha ipotecato il fondo se ne assicura in seguito una proprietà irrevocabile, e se si mette al coperto della evizione, sia in vigor di giudizio, sia per una convenzione, la ipoteca da lui costituita conserva tutto il suo effetto* ». Più sopra, ricordando come in Negusanzio fosse accurato lo sviluppo della dottrina della *reconciliatio pignoris* (*b*), aveva detto « sarebbe oggigiorno più curioso che utile il far conoscere quella distinzione ». E ora fa capo al Negusanzio *M.* 2. *P.* 2. *N.* 6. 7. Evidentemente il Grenier era uscito dalla linea che si era tracciata.

Così quel gran maestro del diritto ipotecario ci lascia incerti e come scompigliati dopo la esposizione di una dottrina con tanta imponenza annunciata.

Che è mai la dottrina antica fuor quella che lo stesso Grenier proclama nella seconda parte del suo discorso? Il falso proprietario che costituendo la ipoteca ingannava il creditore, cosa era egli mai fuorchè un proprietario *apparente?* Anch' esso, bisogna crederlo, avrà spiegata la pompa di una esteriorità seduttrice; questo scenico proprietario era reputato reale. Perciò quei sapienti

---

(*a*) V. sopra §. CXXXIV.

(*b*) Anzi Negusanzio ne parla stringato, contro il suo costume.

Digitized by Google

esigevano dal creditore *la buona fede:* cioè una fondata e ragionevole persuasione del suo diritto. Ammettendo il Grenier che codesto fenomeno dev' essere seriamente considerato anche nel confronto del moderno sistema della pubblicità, egli ci rinvìa all' antico, forse senza volerlo (*a*).

2. Il nostro Chiesi è più fermo e deciso. Egli tiene vieta ed inammissibile la teorica del diritto romano in faccia al Codice Napoleone (*b*). Il suo precipuo argomento è in questo: che il diritto romano non concedeva l' *azione diretta*, ma *l' utile* soltanto, ch' egli chiama un *ripiego* « nè sarebbe stato necessario ricorrervi, se l' ipoteca fosse rimasta convalidata e avesse acquistata una piena efficacia ». E poichè il Codice Napoleone non accettò quella distinzione fra *azione diretta e utile*, ma tutte le azioni oggidì sono dirette, ne inferisce che la origine viziosa della ipoteca non può essere mai redenta col successivo acquisto della proprietà.

E che, continua il ch. scrittore « se si vuole che un tale acquisto sani la nullità della ipoteca costituita dal debitore sulla cosa altrui, *non bisogna forse ricorrere a una finzione?* Come mai la legge potrebbe autorizzare questa finzione contro la verità del fatto in pregiudizio dei terzi? » Egli tiene incompatibile l' antica teoria col nuovo sistema ipotecario.

§. CXLII.

Opinione del Troplong.

1. Egli si divide dal Grenier, e da suoi seguaci; e mantiene che la giurisprudenza del codice civile, lungi dal far contrasto alle regole del diritto romano, ne favorisce l' applicazione.

Stabilito che il debitore non avrebbe eccezione legittima contro il creditore allorchè fosse divenuto proprietario del fondo su cui aveva imposta una efficace ipoteca, soggiunge, che non sono

---

(*a*) Nello stesso §. 51. discute della validità della ipoteca data dall' *erede apparente*, e recate le varie opinioni, conclude per la negativa.

(*b*) Vol. III. N. 742.

Digitized by Google

punto in miglior condizione i successori singolari *o gli aventi causa.* Imperocchè costoro, acquistando dal debitore a cui la cosa era già pervenuta in proprietà, furono troppo bene illuminati dalla ipoteca che trovarono in tempo anteriore accesa sul fondo (*a*).

Vero è che in quel tempo il costituente non era proprietario, e lo divenne poi; ma il principio *confirmato jure dantis confirmatur jus accipientis* insegnava apertamente a quei compratori la retroazione della ipoteca.

2. Discende a una specie più difficile. Tizio che si vanta proprietario di un fondo ma non lo è, v' impone ipoteche che si manifestano con regolari iscrizioni. Acquistata indi la proprietà, carica quei beni di altre ipoteche. Venuti i creditori ipotecari in concorso, quelli che diremo della seconda serie rinfacciano ai primi l' illegittimità del loro nascimento; e considerano se stessi come i soli creditori legittimi perchè il loro diritto ipotecario è stato stabilito nella realtà di un dominio presente.

Il Troplong non ammette la querela dei creditori posteriori, malgrado il motivo allegato. Nega che la ipoteca degli anteriori abbia a dirsi fondata *super re aliena.* « La cosa, egli dice, era entrata nel dominio del debitore; l' ipoteca era ratificata mediante la consolidazione della proprietà nel debitore; » inoltre « al momento in cui veniva impugnata, era impressa sopra una proprietà che apparteneva allora al debitore ».

(*a*) Al N. 522. aveva già fermata la teoria che il creditore può esercitare l' azione ipotecaria contro il 3.° possessore avente causa dal debitore ex post divenuto proprietario.

Digitized by Google

§. CXLIII.

Risoluzione delle quistioni discorse nei due §§. precedenti, secondo l' opinione dell' autore.

1. *L' attuale sistema ipotecario non è incompatibile col principio della retroattività ipotecaria stabilito nella giurisprudenza romana nei casi suesposti* §§. CXXXII. CXXXIII. CXXXIV.

È vero che l' *attualità* del dominio nel debitore è condizione della validità della ipoteca speciale espressa con parole uniformi nei nostri codici (*a*), ma è la stessa dottrina di Papiniano (*b*); quella stessa che governava la teoria della specialità nel sistema eziandio delle ipoteche occulte.

Io mi affretto a spiegare che intendo per retroattività.

Non può negarsi alla *specialità* tale potenza di coesione col sistema della pubblicità che può dirsene inseparabile; e dobbiam far ragione che un giorno, quando la legislazione ipotecaria avrà raggiunto la cima del perfetto, l' ipoteca speciale regnerà sola e senza rivali; perchè in essa soltanto il Credito fondiario può trovare stabilità e certezza. Contuttociò la dottrina del *jus superventum* era amministrata dagli antichi con sì prudente parsimonia che, riportata al sistema nuovo, cementato coi suoi bisogni e colle sue tendenze, non reca ingiuria alcuna nè offende la rispettata suscettibilità dei terzi.

Io non contraddico la sentenza di quei savî che volle limitata la dottrina del *jus superventum* ai rapporti personali di debitore e creditore. Me ne convince la natura stessa di questo rimedio che, fondato in un principio di moralità, si attiene a siffatto genere di obbligazioni. Contuttociò, ammesso che un dato effetto si produca da una data combinazione giuridica, noi dobbiamo darvi

---

(*a*) Cod. franc. art. 2129. — Pontificio §. 126. — Delle Due Sicilie 2015. — Sardo 2189.

(*b*) L. 1. D. de pign.

Digitized by Google

tutto quello svolgimento di conseguenze che logicamente ne discendono.

E in primo luogo questi rapporti che chiamiamo personali non appartengono a quella specie che si restringe alla personalità fisica; ma durano nello stesso stato in coloro che ci rappresentano; ciò sono gli eredi.

2. Io dunque dico — che *l' erede del debitore è tenuto come quello che non può esser in condizione migliore dell' autor suo*, e abbraccio senza esitanza la sentenza di Modestino.

Venendo poscia al *successor singolare*, il discorso ha d'uopo di prender una piega diversa. Il successor singolare intanto dovrà rispondere delle conseguenze dell' acquisto *ex post facto*, in quanto vi siano obbligati *gli stessi creditori ipotecari* che iscrissero le loro ipoteche dopo l' acquisto medesimo.

Così la vera importanza della quistione si verrà spiegando in un conflitto fra terzi; quindi se noi supponiamo che una sola ipoteca avesse dato il debitore, e nel tempo in cui la disputa si accende, l' immobile si trovasse presso di lui, non ci sarebbe controversia di sorta.

Siffatti quistioni però bisogna coordinarle alle leggi generali del sistema; giacchè se vi si trovasse antinomìa o resistenza; se la risoluzione che si adotta fosse discorde, avversa, inconciliabile, converrebbe rifiutarla; e risalendo al principio, si dovrebbe averlo per abrogato e inapplicabile.

All' incontro io trovo che nulla si disordina; nulla vi ha che offenda quest' armonia del sistema.

Parliamo prima del creditore. Non si deve mai perder di vista la formula della quistione. A. ipoteca a B. e C. un fondo che appartiene a D. Costui a sua volta accorda ipoteche a E. ed F. E tutti le iscrivono regolarmente e successivamente. In questo stato di cose A. acquista da D. per qualunque titolo il fondo. Poi consente altre ipoteche a G. ed H.

3. Si viene al concorso. Io vedo due serie di creditori, quelli di A. e quelli di D. E dico che i creditori di D. vanno preferiti a quelli di A.; ma che B. C. G. H. creditori di A. concorrono in ragione di data, onde gli ultimi due sono necessariamente posposti.

Digitized by Google

È questo il sistema di Troplong, che il nostro Chiesi chiama *bizzarro* (*a*). Fa impressione che E. ed F. creditori di D. possano opporre a B. e C., che loro sarebbero anteriori, l'original vizio delle loro ipoteche; e non possano la stessa eccezione opporre G. ed H. che anch'essi sono creditori legittimi.

Se la sinistra impressione nasce dal vedere che ipoteche anteriori sono vinte dalle posteriori, contro la naturale indole delle gradazioni temporali, diremo che non è nuovo, che, anche prescindendo dai privilegî, il titolo e la prerogativa della derivazione siano i misuratori della gradazione. I creditori dell'alienante per esempio vanno innanzi ai creditori dell'alienatario, benchè costoro, in ordine di tempo, potessero vantare anteriorità di grado.

Che poi G. D. H. non possano opporre quella stessa eccezione che compete a E. ed F. qual maraviglia! Quelli sono creditori del *vero proprietario*, e hanno una origine intemerata: gli altri provengono bensì dallo stesso autore, ma quando apriron gli occhi alla luce, il loro autore si trovava in una diversa e deteriore situazione giuridica. Il vizio della nascita è indelebile.

Del resto non puoi temere inganno; nè alcuno se ne duole; nè scapita la ragione del Credito. Quando G. ed H. riportarono facoltà d'iscrivere le loro ipoteche, quando le iscrissero, essi sapevan due cose: sapevano che in quel tempo il debitore A. era divenuto proprietario del fondo; sapevano che c'erano le due ipoteche di B. e C.

E questo è il vero e unico effetto notevole della retroazione dell'acquisto *ex post facto*.

4. A questa stregua si stabiliscono i diritti e le obbligazioni del *successor singolare*.

Tenendoci alla formula, e fissando il fatto dell'acquisto di A. in un'epoca qualunque, fingiamo in I. un compratore del fondo vendutogli dallo stesso A. Questo I. non conosceva forse che due iscrizioni vi erano accese? Comprando il fondo non ha forse acconsentito al vincolo reale preesistente?

(*a*) Contrario è il Duranton senza nessun motivo che valga.

Digitized by Google

Io trovo in codesto metodo la equità congiunta alla regolarità, e al rispetto della inesorabil legge ipotecaria. Ognuno sente che B. e C. non prestarono il loro denaro ad A., non si munirono di quella ipoteca, se non perchè gli hanno creduto. Anzi teniamo fortemente che non avrebbero diritto al soccorso della legge se colla loro buona fede non l'avessero meritata, come abbiamo lungamente dimostrato (*a*). Il sagrificio di questi onesti contraenti sarebbe tanto più disumano, quanto meno potrebbe giustificarsi con una necessità d'ordine pubblico (*b*).

(*a*) §. CXXXIV.

(*b*) L'Avv. Pastore, commentando il codice Sardo, crede potersi dispensare dall'esame della quistione adducendo, come inconciliabile l'art. 35. del R. Editto del 1822. Con perdono, io reputo assai debole la obbiezione. Quell'articolo, ponendo che *la ipoteca convenzionale de' suoi beni futuri non è valida, permette al debitore di dare in ipoteca i beni che verrà in seguito acquistando;* e dice il ch. autore che la data della ipoteca sarà misurata dal tempo degli acquisti. E dice bene. Anche altri codici contengono somiglianti disposizioni, che saranno esaminate a suo luogo. Ma il caso è assai diverso. Ivi la convenzione verte espressamente sui beni acquirendi: qui il debitore accorda ipoteca sul fondo, come suo proprio, e che forse in buona fede ritiene appartenergli; *e il creditore ingannato* piglia ipoteca come sopra una realtà esistente: cosa ommessa nei codici: e quindi da doversi regolare coi principî del diritto comune, e, se vuoi, col sussidio della ragione.

Digitized by Google

CAPO IV.

DELLA PROPRIETÀ E DOMINIO APPARENTE O RISOLUBILE; E DELLE IPOTECHE CHE VI SONO POSTE

DIRITTO ROMANO

DIG. LL. 13. 20. 25..*D. her. petit. L.* 1. §. 1. *fam. ercisc. L.* 1. *De lege commiss. LL.* 2. 4. *De in diem addict. LL.* 3. 10. *Quib. mod. hyp. solv. L.* 11. *de condit. et dem. L.* 9. *qui potior. in pign. COD. L.* 3. *C. de rei vendit. L.* 8. *de revoc. donat. L.* 7. *C. de pet. haered.*

Codice Francese — art. 2125.

Regolamento Pontificio — §. 110.

Codice delle Due Sicilie — art. 2007.

Codice Sardo — art. 2186.

Codice di Modena — art. 2179.

Quelli che non hanno sull' immobile che un diritto sospeso da una condizione o soggetto ad esser risoluto in casi determinati, o ad esser rescisso, non possono contrarre se non una ipoteca sottoposta alle medesime condizioni, o alla stessa rescissione.

Regolamento Pontificio — §. 110.

Se il diritto di dominio del debitore sul fondo o fondi che si comprendono nella ipoteca, è sospeso da una condizione, ovvero è risolubile in certi casi, o soggetto ad essere annullato, la ipoteca stessa sarà egualmente risolubile o condizionale, e soggetta pure al pericolo di annullamento.

Codice di Toscana — §. LXII.

Le ipoteche imposte da colui, che su i beni obbligati non ha che un dominio resolubile, o soggetto ad essere annullato, si risolvono e si annullano nel ritorno che per la risoluzione, o l' annullazione fanno i beni al precedente proprietario.

Però non si risolvono, e non si annullano, e continuano a sussistere in tutta la loro efficacia quando la risoluzione, o l' annullamento del dominio dell' acquirente, o del possessore è un effetto dell' azione

Digitized by Google

rescissoria per il capo della lesione enorme, dell' azione revocatoria per qualunque causa nelle donazioni, o dell' inadempimento del patto che forma parte del prezzo nella compra e vendita, o del patto di retrovendita; salvi in questi casi alla parte cui ritornano i beni i suoi diritti per la equivalente indennità contro la persona che ha obbligati i beni medesimi.

Codice Universale Austriaco — §. 468.

Si estingue inoltre il diritto di pegno collo spirare del tempo a cui fu limitato, e per conseguenza anche col cessare del diritto temporaneo di chi l' ha costituito sulla cosa impegnata, purchè questa circostanza fosse nota al creditore, o potesse da lui essere conosciuta col mezzo di pubblici libri.

DIVISIONE I.

PROPRIETÀ APPARENTE E PUTATIVA

§. CXLIV. — *Dell' erede apparente, in quanto possegga di buona o di mala fede; e analisi di questo concetto.*

§. CXLV. — *Diritto Romano. Il possessore di buona fede non restituisce i frutti nisi factus sit locupletior.*

§. CXLVI. — *Dell' effetto della buona fede in ordine alle azioni che l' erede vero esercita contro i terzi.*

§. CXLVII. — *Se la ipoteca posta sui fondi ereditarî dall' erede apparente, secondo il diritto romano, fosse valida.*

§. CXLVIII. — *Applicazione della teoria nello Stato Pontificio e Toscano.*

§. CXLIX. — *Nel diritto francese, come in quello di Napoli, Sardegna, Modena, e Parma si dee tenere in principio normale la nullità dell' alienazione, e della ipoteca costituita dall' erede apparente.*

§. CL. — *CODICE AUSTRIACO. Norme e limiti della quistione della buona fede nella sospensione del sistema Tavolare. E se abbia a tenersi in vigore la teoria del Diritto romano esposta nel* §. CXLVI.

Digitized by Google

§. CXLIV.

Dell' erede apparente, in quanto possegga di buona o mala fede; e analisi di questo concetto.

1. Fermo in principio generale che la presenza del dominio è condizione essenziale della specialità (Capo I.); determinati i limiti della disponibilità di coloro la cui proprietà cade sulla parte indivisa (Capo II.); e convenientemente apprezzata, per quanto a noi parve, la forza retroattiva del dominio sopravvenuto (Capo III.) verremo con breve discorso esaminando come la *opinione* della proprietà, in buona fede accettata dai terzi, valga a modificare i rapporti rigorosi del diritto.

2. Sogliono gli autori la controversia osservare dal punto di vista *dell' erede* che chiamano *apparente;* e difatti è un punto abbastanza elevato per dominarla in un vasto contorno.

Si suppone che durante il passeggero suo regno l' erede *apparente* abbia usato della sua posizione, o alienando o gravando d' ipoteche la proprietà; e si domanda se quelle operazioni sono valide.

3. Si suppone ancora che quel simulacro di erede abbia goduto i frutti della eredità per un tempo più o men lungo, e si domanda se debba restituirli.

E i successori di lui potranno o no essere colpiti dalle azioni dell' erede vero; e come potranno difendersi? Problemi la cui soluzione dipende dallo stabilire la *buona o mala fede* dell' erede putativo: nozione complessa in cui tre elementi primari sembrano convenire in un processo ideale che tento descrivere.

4. L' elemento *morale* e l' elemento *politico* si uniscono e fanno forza insieme per impedire all' agente giuridico lo sviluppo delle conseguenze estreme che tendono a turbare un certo assetto e ordinamento esteriore prodotto dal lavoro di una credenza sufficientemente diffusa. Pongo con ciò, che l' approvazione interna della coscienza non basta sempre, e in ogni caso, affinchè l'uomo possa difendere il fatto suo dalla preponderante ragione civile che lo assale colla logica del diritto. Ma una virtù novella esce

Digitized by Google

in campo a sostenerlo, quando il sentimento abbastanza generalizzato, commosso da una troppa vivace esteriorità, domanda la sanzione di fatti consumati nella tranquilla persuasione del vero. Allora la opinione privata acquista sino a un certo punto il carattere di opinione pubblica: allora opera la ragione politica.

Questo sentimento, che è uno dei potenti fattori della civiltà, guadagna, senza alcun dubbio, e rinvigorisce quanto quella s'avanza e procede; e si fa più squisito e più degno di essere rispettato dal potere moderatore degli ordini sociali. Perciò noi lo troviamo assai meno pronunciato nelle usanze di tempi a noi remoti; benchè niuna legislazione ben regolata ne abbia fatto senza. Chi assume oggidì questo esame ha innanzi un tema più implicato e difficile.

5. La buona fede, considerata come l'assenza di ogni sospetto e di qualunque dubbio dell'animo intorno a un diritto altrui esistente o possibile, fu sempre avuta in conto di dimostrazione disagevole (*a*); giacchè dipende da un calcolo morale, per circostanze di fatto e applicazione di principî, variabilissimo. Nel giudizio di un'azione criminosa, e della individuale imputabilità, è lecito isolare la coscienza dell'operatore da certi rapporti estrinseci che in altri casi, e per altri effetti, esigono una valutazione speciale. All'incontro quando ci facciamo a considerare la *buona fede* non tanto in ordine al soggetto, quanto oggettivamente quale regola di diritti, e nella sua estrinseca capacità di limitare altri diritti fondati in un principio superiore, più largo campo si apre alle osservazioni.

6. Parlando dell'atto interno, per venir poscia alle sue partecipazioni esteriori, noi vediamo primieramente che *la miglior buona fede* svanisce e cessa a un tratto per qualunque avviso che commuova la coscienza dal suo letargo; onde, una protesta, una citazione, e la contestazione della lite principalmente, dissipa il prestigio della opinione, tutti i possessori ragguaglia (*b*) e non consente altre armi che quelle della verità e del diritto.

(*a*) Honded. Cons. 80. N. 91. V. 2. Gabriel. Cons. 31. N. 36. Vol. 2.

(*b*) Onde tutti i possessori, dopo la contestazione della lite, devono restituire i frutti, come possessori di mala fede — L. 40. D. de pet.

Digitized by Google

7. La buona fede non è che un giudizio della mente: giudizio non avventato, precipitoso, leggero, inconsiderato; ma pesato e degno d'uom che ragiona. La legge del Senato ne comprese ogni carattere in quella sola espressione . . . eos autem qui *justam causam* habuissent. *Giusta causa:* quanto dire, giudizio retto. La prima cosa adunque da considerarsi è lo stato dell'animo intelligente che rende conto a se stesso del proprio pensiero. Io credo di avere il diritto 1.° perchè ho studiato il fatto mio nelle sue attinenze coi diritti altrui, e non vi ho trovato nè implicanza nè contraddizione (*a*) 2.° perchè cimentata la mia credenza con quelle cognizioni giuridiche che posseggo, o almeno con quelle che mi porge un buon senso non del tutto rozzo ed incolto, mi persuado senza molto sforzo di non dover temere il diritto di verun altro 3.° perchè sentendomi qualche dubbio nell'animo ho avuto dai professori della scienza delle spiegazioni soddisfacenti (*b*).

8. Ma io posso errare, e posson meco errare quelli che mi han dato il consiglio: e quindi nasce la grave e pericolosa quistione, se l'errore di diritto scusi la buona fede. Bisogna convenire che ci sono in diritto dei veri nascosti anche allo sguardo degli uomini mezzanamente istrutti, onde non è maraviglia se da una moltitudine di buon criterio possono passare ignorati. Alcuni esempi dà il Donello (*c*) che io credo dover riferire. Il possessore vive tranquillo all'ombra di un testamento in cui dal vero proprietario è istituito erede. Se non che era a costui un figlio ch'egli

---

hered. L. 1. Cod. eod. Anzi prima della protesta o denuncia basta la scienza per il §. petitam della L. item veniunt D. eod.

(*a*) Io posseggo tranquillamente da più anni; il mio possesso è pacifico.

(*b*) E così la mia ignoranza non è *volontaria* come quella di coloro che amano di vivere in essa, e temono di risvegliare qualche cognizione dannosa ricorrendo ai lumi di quelli che ne sanno di più. *Capistran. in specul. conscient. N.* 145. Ignoranza *volontaria*, non è propriamente come il Costa la denomina — *De juris et fact. ign. Resp. ad Insp.* 85. *affettata*, *procurata*, *simulata*, ma quella di colui che sentendosi incapace di conoscere del proprio diritto, dura volontariamente in quello stato, nè cerca d'illuminarsi. *L.* 9. §. 3. *D. de jur. et fact. ignor.*

(*c*) De jur. civ. Lib. XIX. Cap. XIV.

Digitized by Google

preterì con nota espressa d'ingratitudine, ma senza esporre della diredazione veruna causa. L'erede scritto tiene infallibile quel giudizio, non ignorando egli che il figliuolo con empî e scellerati portamenti, sino ad insidiargli la vita, avea meritata la giusta indignazione del padre. Ma in diritto erra, dovendosi per legge esprimere la causa di qualunque più ragionevole e giusta diredazione (*a*). Un altro valentuomo, o illuso dalle apparenti formalità di un testamento, o calcolando sul proprio grado, giudicò se stesso preferibile a chiunque in una quistione di diritto successorio astrusa e difficile come ne abbiamo spesso; e nell'uno e nell'altro caso fu côlto da errore.

Determinare la natura dell'errore, e la gravità dei motivi che lo rendono degno di scusa, è argomento laborioso; ma per discuterlo convien veder chiaro in un'altra difficoltà che ci oppone la regola giuridica. È detto che la ignoranza di fatto non nuoce; ma sì quella di diritto (*b*); come dunque codesta ignoranza non dovrebbe nuocere? Perchè quella regola soffre eccezione *in damnis amittendae rei suae.* Così la legge (*c*). È la ragione che dà il Donello senza null'aggiungere. Ragione un po' arida, che domanda qualche illustrazione. Eccone una, a mio avviso, soddisfacente nel punto limitato in cui versiamo. L'errore di diritto, purchè non torpido e crasso e facilmente vincibile, non nuoce in tutti *quei casi in cui la buona fede è valutabile;* poichè vi sono moltissimi altri casi in cui la buona fede non ci salva; verbigrazia, nella trascuranza delle forme ipotecarie essenziali. Posto che colla buona fede io possa difendermi, allora solo verrà l'esame *dell'errore*, e qual criterio abbia a farsene ne' suoi rapporti colla coscienza.

(*a*) Auth. non licet C. de liber. praet. vel exh.

(*b*) L. 9. in princ. D. de juris et fact. ign.

(*c*) Omnibus juris error in damnis amittendae rei suae non nocet. L. 8. eod. *Fede* nel proprio diritto; ecco la coscienza del possessore scusabile; ammetto la coscienza nell'errore; escludo il *dubbio*, nemico della fede contro ciò che ne disse il Mascard. de probat. Vol. 2. Concl. 1004. N. 48. e seguenti.

Digitized by Google

9. Inutilmente tali nozioni altri desidera dal Codice Napoleone che, come vedremo nel CXLIX., non è molto vago di codeste ricerche morali. Il Codice Austriaco che nel Capo I. e XV. Part. II. trattò questa materia con incontrastabile superiorità, ben disse — *Quegli che per motivi verosimili crede sua la cosa che possiede, è possessore di buona fede. Dicesi possessore di mala fede chi sa o deve per le circostanze presumere* (a) *che la cosa da lui posseduta appartenga ad altri. Per errore di fatto o per ignoranza di quello che la legge prescrive può alcuno essere possessore illegittimo, ma nondimeno di buona fede.* Nella quale formola trovi raccolto ogni sapore della dottrina antica. Ma dell'elemento morale abbiam detto inseparabile *l'elemento politico*, sì nel concetto legislativo sì nell'operare estrinseco; ed è cosa evidente. La buona fede di chi possiede; quella specie di dominio sulla cosa altrui che viene impartito al credente, si nutre nel silenzio, nell'apatìa, nella sconsigliata inerzia del vero proprietario. Talmente che quando quello stato di cose si associa a un ulteriore elemento, che è quello del tempo, che fa dimenticare le origini e rassoda i diritti incerti nella opinione degli uomini, in vero e reale acquisto si trasmuta, e fonda un nuovo ordine di proprietà; come nella sua bellissima prefazione al trattato della Prescrizione, mostrava il Troplong. Ogni stato di cose il cui estrinseco aspetto è seme di fiduciose opinioni, produce avvenimenti analoghi, conciossiachè le idee generano i fatti nel giro del vivere umano. Chi avendo un diritto non si curò di esercitarlo sino a un certo tempo, cooperò e fu causa indiretta di codesto andamento di cose. E supponendo ch'egli pure il proprio diritto ignorasse, ciò non toglie che il lavoro dell'opinione non avesse un che di legittimo e consentaneo a quella specie d'ordine esterno che si è venuto quasi per istrati sovraposti lentamente costituendo.

(a) Paria sunt scire, vel scire debere.

Digitized by Google

§. CXLV.

Diritto Romano. Il possessore di buona fede non restituisce i frutti nisi factus sit locupletior.

Il diritto è ciò che è, non ciò che appare; e la legge romana fece omaggio a questo principio conservatore, trasportandolo in alcune regole fondamentali che danno alla ragione del vero erede una prevalenza assoluta. Quel senato consulto che Ulpiano circonda di uno splendido commento *L.* 20. *D. de her. petit.* altro non fece che temperare la forza impetuosa del diritto che slanciandosi, per così esprimermi, sopra un passato irreparabile, troppe cose avrìa guaste e distrutte a profitto proprio. Vedremo in che consistesse questa virtù moderatrice del Senato-consulto; ma intanto nessun dubbio che nella proprietà *reale* si riconoscesse un predominio legittimo sull' opinativa.

Il possessore di buona fede non restituisce i frutti consunti, ma quelli soltanto che hanno aumentato il suo patrimonio: pei quali *locupletior factus est* (*a*).

La difficoltà è nel determinare quando il *possessore locupletior factus sit.*

Il giudizio della ricchezza individuale è arbitrario, e dipende dalla prudente stima del fatto (*b*). *Quod adeo durat* (*c*) questa è la base della ricchezza comparativa (*d*). Provare il lucroso impiego di quell' identico denaro, sarebbe la dimostrazione diretta: ma non è impossibile provare eziandio indirettamente, e per forza di congetture, che quel denaro vi ha realmente giovato, ed ha servito

---

(*a*) . . . . eos qui justas causas habuissent quare bona ad se pertinere existimassent, *usque eo dumtaxat quo locupletiores ex ea re facti essent.* — L. 20. ff. de her. petit.

(*b*) Menoch. Cons. 505. e Strich. Disput. XXV. Cap. III. de Jure avor.

(*c*) L. 23. D. de her. petit.

(*d*) L. 18. D. quod met. causa che è forse la più esplicita in questa materia.

Digitized by Google

a migliorare la vostra situazione economica, allorchè non si possa attribuire a verun' altra cagione quel notevole incremento del vostro patrimonio (*a*).

§. CXLVI.

Dell' effetto della buona fede dell' erede apparente in ordine alle azioni che l' erede vero esercita contro i terzi.

La dottrina si raccoglie nei seguenti teoremi.

1.° Il terzo che ha acquistato il complesso ereditario, si ha come posto in luogo del putativo erede, e può esser colpito coll' azione *utile petitionis hereditatis* (*b*).

2.° Il vero erede non è impedito dall' esercitare in preferenza le azioni vindicatorie *contra res singulas*, quando gli giovi. Quell' attributo dell' *azione utile petitionis hereditatis* è scritto a vantaggio suo, quasi compenso di equità.

3.° Tutto ciò è senza eccezione quando l' acquirente è di mala fede. Se è di buona fede, può respingere l' erede colla *eccezione di regresso* a lui competente contro il putativo erede.

4.° Si ritiene mancare al petitore il regresso qualora, dopo un possesso di buona fede, più non si trovi il venditore, ovvero a vil prezzo abbia venduto, sicchè non dovendo egli restituire

---

(*a*) Secondo Pothier De la proprietè N. 429 era volgare in Francia la tradizione che non dovendosi presumere lo sperpero e la dissipazione, ma piuttosto l' utile impiego e la conservazione, l' erede doveva sempre render conto dei frutti percetti, delle somme riscosse dai debitori, e in generale di tutto ciò che gli è pervenuto: il che sarebbe stato in perfetta contraddizione col diritto romano. Non deve però tacersi che parecchie decisioni antiche, citate dal Merlin, e le stesse discussioni di questo gravissimo giureconsulto, tenderebbero a provare il contrario.

(*b*) L. 13. §. 4. D. de petit. hered. — La critica giuridica si è scagliata contro questa pretesa depravazione della sincera indole del diritto; ma non bisogna dimenticare che da molti testi si scorge che l'azione petit. her. utile, era uno svolgimento logico dei principî normali di quella legislazione. L. 13.

Digitized by Google

che quel solo che ha percetto e lo ha arricchito, o il regresso sarebbe inutile, o sarebbe esercitato con troppo svantaggio dell' erede.

5.° Abbiamo detto N. 1. che l' azione *petitionis hereditatis*, che è delle universali, si può intentare contro l' acquisitore della eredità; contro l' acquisitore parziale di cose ereditarie non ci ha verun' altra azione che la *in rem vindicatio* (*a*).

6.° Si dubitò se al compratore, percosso dalla in rem vindicatio, competesse la eccezione scritta nella *legge* 25. §. 17. *de her. petit.*; la quale se un Bartolo disse *difficilis est*, dev' esserlo davvero.

Anche questa eccezione, come quella avvisata di sopra al N. 3., era del genere delle *pregiudiziali*, e si risolveva nella *escussione del debitor principale* (*b*). Qui bisogna ricordare che prima di Giustiniano (*c*), il conoscere delle quistioni di petizione d' eredità apparteneva al tribunale dei Centumviri (*d*); or dunque Ulpiano in quel frammento domanda se il compratore potrà opporre il rinvìo dell' erede vendicante al tribunale centumvirale, onde preliminarmente discutere sulla qualità ereditaria. È notevole, come osserva Troplong N. 468. che Ulpiano non risolve propriamente la quistione pregiudiziale, ma porta la disputa sopra altro terreno. Egli muove dal principio che *l' erede apparente, il venditor di buona fede, non deve patir danno per ciò che ha consumato* nel candore della sua ignoranza. Che se voi date al compratore di buona fede un regresso contro il venditore, voi ammettete con manifesta contraddizione che il venditore può patir danno. Perciò si trovava conforme a tali principî respingere l' azione vindicatoria, e la perdita far cadere sullo stesso proprietario vendicante. Nè poteva essere altrimenti. Dappoichè il putativo erede aveva consumato il

---

(*a*) L. 7. C. de her. petit.

(*b*) L' eccezione era così formulata — quod praejudicium fieri non debet inter actorem et eum qui vendidit.

(*c*) Egli tolse di mezzo quella istituzione colla L. ult. C. de petit. hered.

(*d*) Fabro Rational. L. 7. D. de hered. pet.

Digitized by Google

prezzo, gli era come avesse consumata la cosa; essa più non esisteva nè quindi poteva essere rivendicata (*a*).

Ulpiano adunque, assumendo l'ultima conclusione, e senza occuparsi della eccezione pregiudiziale, disse reciso che la cosa poteva vendicarsi, purchè *il compratore non potesse reagire contro il venditor di buona fede* (*b*).

7.° Un' altra eccezione, che appartiene allo stess' ordine d'idee, poteva render vana la *in rem vindicatio;* ed era, se il venditore stesso si facesse avanti offrendo al proprietario la competente indennità, assumendo le molestie, come si direbbe oggi, in quella guisa che fosse realmente in possesso (*c*).

§. CXLVII.

Se la ipoteca posta sui fondi ereditarî dall' erede apparente, secondo il diritto romano, fosse valida.

1. Scriveva il Donello che « la quistione della buona o mala fede del possessore si travaglia soltanto sulle cose che non si posseggono; imperocchè quanto a quelle che si posseggono non vi ha distinzione fra possessori » (*d*). E voleva significare che dei proventi della eredità già consumati non poteva più farsi ricerca, e doverli il proprietario contare fra le cose perdute. Ma scrivendo quelle parole il gran giurista non pensò certamente alle prove

---

(*a*) Gloss. ad d. L. 25. §. 17.

(*b*) Et puto posse res vindicari, nisi emptores regressum habeant ad bonae fidei possessorem. Qui pure con verità nota il Troplong che Giustiniano colla istituzione centumvirale non abrogò punto *l'eccezione ex persona venditoris*, che competeva in virtù di altre leggi che furono sempre in vigore. Giova por mente che la stessa eccezione *ex persona venditoris* poteva opporsi dal terzo battuto dall' azione *utile petitionis hered.*, e così mi unisco all' opinione del Fabro Ration. ad L. 13. D. de her. pet. e del Toullier.

(*c*) L. 25. §. 17.

(*d*) De Jur. Civ. Lib. XIX. Cap. XIV. N. 13.

Digitized by Google

infelici che la *in rem vindicatio* è costretta a subire nei vari casi accennati nel §. precedente.

2. Assai più interessante della quistione dei frutti consunti, è quella *dell' Alienazione, e della Ipoteca.*

Secondo il diritto romano l' apparente proprietario poteva alienare impunemente, se lo facesse nella onesta coscienza di padrone: concetto che abbiamo messo in qualche rilievo nel §. precedente. E certamente aver facoltà di alienare, e poter difendere dalla evizione del proprietario legittimo l' alienatario collo scudo della propria buona fede, è la stessa cosa.

3. Ora lasciando stare dell' alienazione, e toccando più d'appresso il nostro subbietto ipotecario, guardiamo quale fosse il destino della ipoteca imposta dall' erede *apparente di buona fede* sui beni della eredità.

Uno dei più dotti nostri giureconsulti italiani ha detto che Troplong poteva risparmiarsi la fatica di quel lungo dissertare che ha fatto nel citato N. 468, chè gli sarìa bastato volger l' occhio a un breve paragrafo rimasto direi così fra le pieghe della lunga legge 25. D. her. petit. Per coloro che non studiano il diritto ipotacario che nel Troplong, questa del Chiesi è una scoperta (*a*). È un fatto che il celebre commentatore non ha ricordato il §. 14.

Il quale al Chiesi parve decisivo e lo è. Esso è in armonica relazione coi §§. 12. e 13. di quella stessa legge che l' autore con savio accorgimento ravvicina. Nel 13. si dice che il falso proprietario che ha preso denari a mutuo non obbligò punto la eredità, ma la persona propria: per conseguente è come avesse fatto nulla. Il 14.° è nello stesso intendimento. *Si tamen pignori res hereditarias dedit, videndum, au vel sic attingatur haereditas? Quod est difficile, cum ipse sit obligatus.* Non lede punto la sostanza ereditaria quindi non c' è ipoteca; ma la obbligazione si rimane ristretta nella persona del debitore.

4. È maraviglioso che l' alienazione fosse lecita talvolta nella buona fede dell' alienante; e nulla fosse la ipoteca, e come non data. Perchè non poteva anche questa volta il supposto proprietario

(*a*) Vol. III. §. 696.

Digitized by Google

colla stessa ragione difendersi? E per quale strano rivolgimento della giuridica, *il nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*, aveva luogo nella ipoteca e non nell'alienazione? No: Il caso è diverso. La quale diversità, se bene intendo, è questa.

L'*alienazione* che non si può distruggere senza far cadere in capo al venditore di buona fede gli effetti di quell'annullamento, si aveva nel sistema romano come una *consumazione delle cose ereditarie.* §. CXLVI. N. 6. Non altrimenti che se il putativo erede avesse donato le gemme, e l'oro in verghe, e speso il denaro. *La ipoteca* finchè rimane nel suo stato di vincolo metafisico, è un atto che tende all'alienazione, ma non è alienazione. Colla semplice ipoteca *non attingitur hereditas* (V. sopra N. 2.); il dominio delle cose ipotecate rimane nella eredità; e niente si consuma, applicando questa locuzione nel suo senso ideale ed astratto. D'altra parte il possessor di buona fede, appunto perchè di buona fede, non dee rispondere al creditore del mal esito della cauzione. Supposta nel creditore la stessa purità di coscienza, avremo due persone cadute nel medesimo inganno, e nel fascino della stessa illusione, l'uno di riputarsi padrone senz'esserlo, l'altro di confidare in una cauzione senza realtà; lo stesso raggio di luce fa sparire il loro sogno; e il creditore a cui rimane l'azione personale, o il diritto di farsi costituire un'altra ipoteca, secondo i casi, è pur sempre in colpa di non aver ben esaminati i documenti.

E questa distinzione fra alienazione e ipoteca dove impera il diritto romano, è importantissima.

§. CXLVIII.

Applicazione della teoria nello Stato Pontificio e Toscano.

1. Il §. 110. di quel regolamento ipotecario, citato nell'esordio di questo Capo IV. non è guida sufficiente a sciogliere la quistione.

Quel paragrafo parla di dominio temporaneo, di dominio risolubile, ma *di dominio che è.* Noi qui discorriamo di un dominio che non è, che non è mai stato fuorchè nella immaginazione: sicchè il nostro discorso potrebbe intitolarsi — *l'analisi di un*

Digitized by Google

diritto immaginario. E tuttavia quanto di effetti pratici e reali è feconda quella idea!

Adottando per tanto la conclusione del precedente §. CXLVII. diremo — *insussistente la ipoteca accordata dal proprietario putativo e di buona fede*, non ancora realizzata al comparire del vero proprietario.

2. Più grave difficoltà può incontrarsi nel caso che *il fondo ipotecato sia già stato venduto all' asta* prima che il proprietario abbia posto in mala fede gli occupatori della eredità.

Noi dovremo a questo fatto applicare la teoria del diritto romano, avverandosi le seguenti circostanze 1.° la buona fede del debitore 2.° quella del creditore 3.° quella dell' acquirente all'asta pubblica 4.° che il prezzo sia stato consumato, poniamo, nel pagare i debiti del presunto proprietario 5.° che l' acquirente evitto potesse rivolgersi per la competente indennità contro il debitore che si considera come alienante, benchè l' alienazione avvenga mediante la interposizione dei tribunali e dei procedimenti giudiziarî. Tutte insomma quelle condizioni che formano l' antica teoria, che per noi non fu mai abrogata.

3. Nè si creda avverso il §. 1357. del regolamento 10 Novembre 1834 (*a*). Vedi qui scritta una regola generale, suscettiva di eccezioni. E l' eccezione, di cui parliamo, ti si offre in quella specie complessa, e a rannodarsi difficile (*b*), che abbiamo esposta nel precedente N. 2.

4. Nelle *leggi Toscane* non trovo disposizioni contrarie a questo sistema. Nè gli espositori di quel diritto, lungamente aggirandosi sulla risoluzione della ipoteca fondata sulla manchevol base di una proprietà transitoria, hanno stimato necessario intrattenersi di questo articolo già definito dal diritto romano.

(*a*) « La vendita giudiziale non perime il diritto di proprietà competente ai terzi sui beni immobili, sulle azioni, e diritti reali, abbenchè non abbiano fatto notificare ai terzi *anteriormente* le loro opposizioni ».

(*b*) Tanto sono moltiplicate oggidì le fonti della scienza: catasti: ipoteche: archivî aperti a tutti; e nella odierna attività della vita civile, mezzi prontissimi di cognizione: le difese della ignoranza ogni giorno più diventano scabre.

Digitized by Google

§. CXLIX.

Nel diritto francese, come in quello di Napoli, Sardegna, Modena, e Parma si dee tenere in principio normale la nullità della alienazione, e della ipoteca costituita dall'erede apparente.

I tribunali francesi parvero ondeggiare incerti ora concedendo ora negando il passo alla teorica romana (*a*); ma la dottrina sembra irrevocabilmente fissata dai grandi autori (*b*), che si fanno appoggio di letterali disposizioni del loro codice, affatto incompatibile coll'antico sistema.

Toullier aveva già indicati come fondamentali gli articoli 136. 137. 138. 1599. e 2182. del Codice Civile. I tre primi, che trattano dell'effetto *dell'assenza*, vengono segnando i confini nei quali è frenato l'arbitrio del possessore di buona fede che non ha altro vantaggio che *di lucrare i frutti*. Il Codice delle Due Sicilie ha un linguaggio più formale nel suo §. 134. « Non potranno alienare nè ipotecare i beni stabili dell'assente coloro i quali non li possederanno che a titolo d'immissione provvisionale ». Tutti gli articoli successivi fino al 147. concorrono a confermare questo volere del codice che non fa il più lieve cenno di eccezione a favore della buona fede del possessore in quanto sia causa giuridica di alienare o ipotecare l'altrui. Il Codice Sardo nell'art. 91. non migliorando il concetto del siculo legislatore, ma esprimendo ciò che ivi era certamente contenuto, aggiunge » eccettuato il

---

(*a*) Corte di Caen Decis. 21 Febb. 1814. conferm. dalla Cassazione 5 Agosto 1815. Brusselles 10 Febb. 1830. Corte di Tolosa decreto 21 Decem. 1839. Varî decreti della Cassazione 30 Marzo 1836. e 16 Gennaio 1843.

(*b*) Grenier Tom. 1. N. 51. Troplong. N. 468. Duranton Cours de droit francois T. 1. N. 559. a 578. contro Leferrière Revue des revues de droit T. VII. P. 108.

Digitized by Google

caso di necessità e di evidente utilità dell'assente, e previa autorizzazione giudiziale ». Il novello Codice di Modena §. 58. ha seguita quella redazione (*a*).

§. CL.

CODICE AUSTRIACO. Norme e limiti della quistione della buona fede nella sospensione del sistema Tavolare. E se abbia a tenersi in vigore la teoria del Diritto romano esposto nel §. CLXVI.

1. L'obbligo della iscrizione tavolare è nello stesso tempo la garanzia del vero e del putativo proprietario e del creditore. Il primo opporrà sempre al possessore che non essendo legittimo non poteva essere di buona fede (*b*): giacchè non può aver coscienza di proprietario colui che non adempie a quell'obbligazione; deve riputarsi ch'egli conoscendo la fragilità del suo titolo, e il pericolo di manifestarlo, amasse tenersi nascosto; nè dal vizio patente del suo possesso, anche nell'interesse pubblico, potrebbe condursi altra conclusione. L'obbligo della iscrizione tavolare è sino a un certo punto la garanzia del proprietario opinativo, che coll'adempirlo mette in piena luce l'argomento della sua buona fede; laddove la ragione del proprietario scapita e s'infievolisce col fatto opposto. È finalmente la garanzia del creditore che, non

---

(*a*) Agli art. 1599. e 2182 del francese rispondono nel Codice delle Due Sicilie l'art. 1444. 2076. — nel Codice di Sardegna gli art. 1060. e 2305. Il Modonese art. 1485. e il Parmense 1406. — « La vendita delle cose altrui è valida; *ma non pregiudica il vero padrone* ». Il rispetto della buona fede è scolpito anche in questi Codici, e ne ho un esempio recentissimo in una quistione di Legato decisa dalla Corte d'appello di Torino in causa Orfanotrofio di Busca e Oliviero 14 Aprile 1857 ma nei limiti sempre della condonazione dei frutti.

(*b*) Onde non convengo coll'Ellinger « È affatto indifferente che il » possessore di buona fede abbia acquistato il possesso in modo legit- » timo o meno; avvegnachè i surriferiti diritti (di cui parlo poco pri- » ma) procedono unicamente dalla buona fede. Manuale ». nota al §. 329.

Digitized by Google

trovando nei libri pubblici fatto palese il diritto del possessore, e non limitato da verun altro diritto reale, che dovrebb' essere parimenti scritto, si decide francamente al prestito, e si abbandona al credito reale.

2. La quistione del possesso (degl' immobili) è ancora vagante perchè in Italia generalmente non si adottarono norme precise e pubbliche per determinarne i movimenti. Nella esistenza dei libri pubblici in cui si scrivono obbligatoriamente le trasmissioni possessorie, ogni disputa è troncata. Perciò il §. 321. del Codice Austriaco quella iscrizione dichiara l' unica ed esclusiva forma del possesso legittimo (*a*). Ove nel successivo 326. si dice — essere possessore di buona fede *colui che per motivi verisimili crede sua la cosa che possiede*, il discorso non può isolarsi dal 321. Egli per prima cosa avrà regolarizzato il suo possesso colla iscrizione. Ma non bastava forse dire che possessore legittimo è colui che si trova intestato nei libri pubblici? Non già; 1.° perchè il 321. parla in genere dei possessori, e vi si comprendono anche i possessori di cose mobili, non soggetti all' obbligo della intestazione 2.° perchè se la pubblica denuncia è condizione di legittimo possesso e quindi di buona fede, si potrebbe anch' essere possessori di mala fede malgrado siffatta esteriorità.

3. Mancando sì utile guida, le quistioni di buona fede diventeranno in fatto più difficili; nondimeno ci sarà sempre un criterio per condurle a riva. Intanto, perciò che la proprietà riguarda, è chiaro che il proprietario non può essere incolpato s' egli non pubblica il suo diritto in libri che non esistono (*b*). Da questo lato

---

(*a*) « Nei luoghi ov' esistono le così dette tavole provinciali, i libri civici o fondiarî, e altri pubblici registri di simil genere, il possesso legittimo di un diritto reale sopra beni immobili si acquista *unicamente* mediante l' iscrizione regolarmente fatta in questi pubblici libri ». Onde il §. 350. — cessare il *possesso dei diritti e delle cose immobili che costituiscono l' oggetto dei libri pubblici, allorchè sono cancellati dai libri provinciali civici o fondiarî, o vengono iscritti al nome di un altro.*

(*a*) Il Basevi Annot. al §. 468. ricorda alcune decisioni tolte dall'Eco dei Tribunali 20 Marzo 1852 che contengono la inviolabilità dei diritti.

Digitized by Google

guadagna il proprietario, che non potendo esser tenuto reo di quella ommissione, più difficilmente potrà esser colto in flagrante di altre negligenze. Rispetto al possessore, al quale è chiuso quel mezzo sì immediato di cognizione, sarà più difficile sospettarlo di mala fede: e da questo lato guadagna anche lui. Fra queste due specie di prevalenze che tendono a usurpar terreno l'una sull'altra, si asside il criterio, che deve senza fallo dar la mano dritta alla proprietà che ha la causa della sua esistenza in quei principî d'ordine per cui vive la società civile. E con lento e diffidente esame cercare come i vapori dell'apparenza, mi permetto questa forma di dire, possano col tempo consolidarsi e formare un nucleo abbastanza consistente per resistere alla forza incontrastabile del diritto (*a*). Su ciò non potrà mai darsi una regola, come ho detto più d'una volta.

4. In questo stato di cose sarà sempre una quistione gravissima anche nella giurisprudenza austriaca, se colui che si crede erede, e ha tutte le apparenze di esserlo, possa in qualche caso disporre validamente delle cose ereditarie mediante alienazione o ipoteca.

Una disposizione esplicita nel Codice non si trova. Vero è che il §. 329. sembra attribuire alla situazione di un possessore di buona fede il più grande favore — *usare ad arbitrio delle cose ch'egli possiede*, consumarle o anche *distruggerle senza responsabilità*. Certamente questo è portar le conseguenze del possesso di buona fede all'ultimo limite. Contuttociò quell'espressioni tanto potenti non escono dalla linea dell'uso o dell'abuso materiale, che voglia dirsi. Si aggiungono poi argomenti tratti da altre leggi per far credere abrogata la teoria del diritto romano. Il §. 333. parlando di rivendicazione già avvenuta, dice così — *Il possessore ancorchè*

---

reali, che nella sospensione del sistema tavolare ordinata dalla celebre Ordinanza 16 Marzo 1816, non sono registrabili nei pubblici Libri.

(*a*) Si deve sempre supporre che l'acquisitore abbia cominciato dallo studio dei titoli della proprietà che acquista: tanto più che il §. 468. pone già esclusivamente la sorgente della cognizione nella manifestazione dei Libri pubblici .... V. anche Carabelli P. I. Cap. II. §. XIV. N. 3.

Digitized by Google

di buona fede, non può esigere il prezzo da esso pagato al suo autore per la cosa acquistata (*a*). Con ciò sembra stabilito il diritto del rivendicante; che per lo stesso paragrafo non avrebbe altro obbligo che di accordare allo spogliato *una bonificazione correspettiva* (*b*) *al vantaggio ch' egli provasse di aver recato al proprietario, ricuperando da altri la cosa*, se il farlo fosse stato difficile allo stesso proprietario: pensiero, non estraneo alla giurisprudenza antica, ma da tutti i codici moderni inosservato.

5. Eppure l'Ellinger, la cui autorità è di gran peso, non dubitò di affermare « il possessore di buona fede può eziandio *gravare validamente la cosa posseduta in confronto anche del vero proprietario, per esempio coll' assoggettarla a pegno o servitù* (*c*). Questo concetto non è certamente annunciato con sì nitido programma in veruna parte del codice: ma chi direbbe escluso dal suo spirito? La condizione giuridica dell' erede nominale ha in quel sistema una dignità sconosciuta in altri Stati, mediante la bella istituzione *dell' aggiudicazione ereditaria*. L' erede aggiudicatario si trova sempre in una posizione di vantaggio, assiso sul tripode legale. Il Credito si nutre di opinione, non bisogna dimenticarlo: le ragioni del Credito favoriscono le operazioni dell' erede aggiudicatario che si è mantenuto nella sua buona fede primitiva. Ha una grande e ben conosciuta importanza il §. 824. (*d*). *Il terzo che possiede in buona fede la cosa acquistata dalla eredità nel tempo intermedio non è responsabile verso di alcuno*. Prova forse questa legge, *per se sola*, che il proprietario non possa rivendicare la proprietà venduta dall' erede di buona fede? Io non sono di questo avviso. Posto nella dovuta relazione alla prima parte del paragrafo, si scorge ch' esso non parla che dei proventi e delle

---

(*a*) Avvertendo l'illustre Basevi che il testo tedesco in luogo di *acquistata* che si legge nella traduzione italiana, ha *rilasciatagli*, si toglie l'equivoco che poteva nascere dalla espressione del §. che non è la più chiara.

(*b*) Basevi legge — *commisurata* — secondo il testo tedesco.

(*c*) Annot. al §. 239. Ediz. VI.

(*d*) Carabelli §. XIV. detto.

Digitized by Google

consumazioni avvenute nell' intervallo. Laonde applicare strettamente la teoria del diritto romano alla giurisprudenza austriaca, non parmi facile assunto. Dico però che può riunirsi tal cumulo di fatti e di circostanze che, o l' abbattere la ipoteca costituita dall' erede apparente, o la stessa rivendicazione, lacerando molti interessi che una inescusabile negligenza del proprietario ha permesso di raggrupparsi e di propagarsi in una certa estensione, avranno faccia d' ingiustizia, e saranno nel prudente arbitrio dei tribunali riprovati, senza temere che l' imperiosa parola della legge sorga a smentirli.

Digitized by Google

CAPO IV.

DIVISIONE II.

RISOLUZIONE DEL DOMINIO PER CAUSA PREESISTENTE, NECESSARIA, E RISULTANTE DAL TITOLO.

§. CLI. — *Considerazioni generali sulle cause per cui il dominio si risolve.*

§. CLII. — *Del patto commissorio, e dell' addictio in diem.*

§. CLIII. — *Della vendita con riserva di dominio. E quando per la giurisprudenza pontificia la riserva si risolva in ipoteca speciale.*

§. CLIV. — *Della virtù risolutiva del patto di ricompra.*

§. CLV. — *Sì il compratore che il venditore possono costituire ipoteche sul fondo venduto con patto di ricompra, le quali hanno poi quell' effetto che è della natura loro, quando si avvera la ricompra.*

§. CLVI. — *Dei diritti dei creditori ipotecarî sul prezzo di ricompra.*

§. CLVII. — *Del diritto di ricompra secondo il Codice Austriaco.*

§. CLVIII. — *La legge Toscana stabilisce una giurisprudenza del tutto opposta.*

§. CLIX. — *Le leggi Sarde non ammettono la risoluzione della vendita per difetto di pagamento del prezzo.*

§. CLX. — *Sostituzioni.*

§. CLXI. — *Erede e legatario condizionale, nel duplice concorso della condizione sospensiva e risolutiva.*

§. CLXII. — *Della risoluzione delle Ipoteche per cessazione del dominio enfiteutico. Idee preliminari.*

§. CLXIII. — *Dei miglioramenti come patrimonio dell' enfiteuta. Devoluzione. Caducità. Considerazioni generali.*

§. CLXIV. — *Seguita il parlare della devoluzione e caducità dei beni livellarî, e della risolubilità ipotecaria, giusta il diritto comune e le leggi Pontificie.*

Digitized by Google

§. CLXV. — *Se la rescissione è volontaria, la ipoteca non cade.*
§. CLXVI. — *Dei livelli affrancabili; e se la ipoteca costituita dal livellario sia risolubile.*
§. CLXVII. — *Le ipoteche imposte dall' enfiteuta continuano a sussistere quando il dominio si consolida nel direttario per effetto della prelazione.*
§. CLXVIII. — *Cenni sul sistema livellare del Regno delle due Sicilie.*
§. CLXIX. — *Dell' Enfiteusi di Sardegna.*
§. CLXX. — *Dell' Enfiteusi modonese.*
§. CLXXI. — *Livelli Toscani.*
§. CLXXII. — *Del sistema enfiteutico vigente nell' Impero Austriaco; e della risolubilità delle Ipoteche.*

§. CLI.

Considerazioni generali sulle cause per cui il dominio si risolve.

1. Generalmente parlando, non si può concepire risoluzione di un diritto reale, senza l'azione di una causa *preesistente*. Per questo principio si esclude dal tema la volontarietà pura e ordinata direttamente a cangiare una posizione giuridica. Allora non vi è *risoluzione*, ma *novazione*. Parmi adunque che il volgare distinguere della scuola la causa in *necessaria* e *volontaria*, non sia altra cosa che l'escludere dalla definizione dall'agente risolutivo quell'elemento che non gli conviene.

Ma la *preesistenza* può essa pure concepirsi in diverso modo, in quanto la causa opera da se in forza dell'inerenza che le appartiene; ovvero si attacca e produce *accidentaliter* i suoi effetti in conseguenza di un fatto positivo o negativo dell'obbligato, che mancando ai proprî doveri, lacera o distrugge di sua mano la integrità di quella stessa posizione giuridica.

Se non m'illudo, questa esposizione comprende tutta la teoria. Quando adunque nella III. divisione di questo capitolo parlerò di cause *sopravvenute*, intendo che il fatto, che dà luogo all'applicazione dell'azione risolvente, è nuovo in quanto è fuori della convenzione o del titolo qualunque che fornisce il diritto, e in quanto la distruzione di esso non procede immediatamente

Digitized by Google

dalla virtualità reale che vi è deposta; in altri termini: il fatto colpevole dell'obbligato si manifesta come *la condizione* per cui il creditore o il proprietario può esercitare il suo diritto: ma la causa giuridica onde a costui è lecito agire in quel modo, è fondata in una virtualità preesistente.

2. Avverto che quantunque l'elemento della volontarietà si scorga evidente in questa seconda ipotesi, esso è ben altro da quello che più sopra io con proposito appellava *volontarietà pura e ordinata direttamente a cangiare lo stato giuridico* delle cose. È bene che io spieghi questo mio concetto prima di andare più oltre. Certamente il donatario che si rende reo d'ingratitudine, e con ciò provoca la revoca della donazione, poteva non esser ingrato, e fare il galantuomo come tanti altri, serbando fede e riconoscenza al suo benefattore. Egli dunque ha *voluto* che la donazione si revocasse in quanto ha fatto quello che dava altrui diritto di revocarla. Ma non è da questo atto della sua volontà che l'annullamento procede. Esso è l'occasione, o la causa, se vi piace chiamarla così, *la causa determinante l'azione rescissoria che esercita il donatore; ma la causa efficiente è riposta in quel principio di diritto che facoltizza ogni donatore a revocare la donazione per titolo d'ingratitudine* (*b*).

Un'altra avvertenza è pure opportuna. Un fatto novatore, come sarebbe quello di un enfiteuta che rinuncia spontaneo al suo diritto, o quello in genere del debitore che retrocede il fondo su cui è iscritta la ipoteca, è assolutamente imprevedibile dal creditore: e quale inganno sarebbe, e quanto irragionevole, far dipendere da siffatte novità ed arbitrî la sorte della ipoteca! Ma chi crede in una proprietà, che dal suo titolo si appalesa risolubile, eziandiochè per cause occulte, o per un fatto colpevole dell'uomo, per quanto tutto ciò possa sembrare d'improbabile evento, è pur sempre vero che previdente e cauto poteva concepirne la possibilità.

3. Io poi nello sviluppo di questo tema importante, discendo ad una suddivisione (*a*). Distinguo quelle cause risolutive che

---

(*a*) Divisione III. di questo Capitolo.

(*b*) Ma vedi intorno a ciò il §. CLXXV.

Digitized by Google

emergono chiaramente dal titolo; come sono i patti e le condizioni che spiegano e fanno manifesta la temporaneità del diritto, per esempio una enfiteusi a terza generazione, una istituzione onerata di fedecomesso. Le distinguo da quelle che consistono in vizî non manifesti contro cui sembra protestare l'atto medesimo che nel suo esteriore è vestito di legalità. La *lesione*, per darne un esempio, può viziare le fonti del contratto; ma il contratto è nella sua apparenza vegeto e sano; il creditore lo vede, e non va più avanti a cercare se il prezzo sia giusto *ad tramites juris*, o se il debitore proprietario abbia abusato dell'altrui buona fede. Più forte ancora se parliamo di altri vizî più remoti o arcani, come sarebbe il meto o il dolo che vi fossero essenzialmente intervenuti, e di cui l'atto esteriore non porgesse il menomo indizio. I quali fatti chiamo *avversativi* del titolo; laddove gli altri sono *relativi*. A metterli in palese, sicchè il pubblico possa averne cognizione, non c'è rimedio che valga, nè c'è *sistema tavolare* che possa provvedervi. Bisogna adunque formarne necessariamente una categoria a parte, non confondibile colle altre.

Tutte queste forme di diritto sono dominate dal principio supremo — *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* — che assume nella sua applicazione delle modificazioni non poche, e dà luogo a rilevanti controversie.

§. CLII.

Del patto commissorio, e dell'addictio in diem.

1. Ragionando intanto dei casi che riguardano la prima specie, la combinazione più semplice che si presenta *è il patto commissorio* (*a*).

Se il venditore ha fatto patto col compratore — *che non pagato il prezzo, il fondo si abbia per invenduto* (*b*), è chiaro che

---

(*a*) Il patto commissorio nel pegno, da noi riprovato altrove §. LXXXVI. è di tutt'altra natura. Ivi pure N. 3. abbiamo mostrato come si discerne da quello che nella vendita è validissimo.

(*b*) LL. 1. e 2. D. de leg. commiss.

Digitized by Google

dopo quel termine il fondo rientra in dominio del venditore. Notate che questo patto fa assai diversificare il caso da quello della vendita in cui non è seguita la tradizione, nè pagato il prezzo (*a*). In questo caso il compratore non è mai stato un momento solo padrone del fondo: nel patto commissorio invece si ha fede del prezzo, attesa la prefissione di un termine a pagarlo. Nulla di più naturale quanto il risolversi delle ipoteche poste dal compratore che non adempie al debito nel tempo convenuto (*b*).

2. Io ti vendo questo fondo se alle prossime calende di Gennaio non mi sarà offerta miglior condizione. È la pretta formula dell'*addictio in diem* (*c*). La condizione è *risolutiva* o *sospensiva* secondo il vario aspetto della formula; come suole spesso avvenire di codeste condizioni che sono l'una o l'altra secondo l'indirizzo logico del discorso. Onde Ulpiano trovò che la vendita era pura, ma risolubile, data questa formula — *ut meliore allata conditione discedatur;* e condizionale quest'altra — *ut perficiatur emptio nisi melior conditio offeratur* (*d*). Lo stesso Ulpiano nella *L.* 3. *D. quib. mod. pign. vel hyp. solv.* mostra che la ipoteca può dal compratore costituirsi, ma ch'essa finisce al comparire del miglior oblatore, e al cadere del primo contratto.

§. CLIII.

Della vendita con riserva di dominio. E quando per la giurisprudenza pontificia la riserva si risolva in ipoteca speciale.

Nè la vendita, nè la tradizione trasferiscono il dominio se il prezzo non è pagato, o in altro modo non sia convenuto del

---

(*a*) LL. 19. 53. D. de contrah. empt. L. 10. C. de rei vind.

(*b*) Il patto commissorio ordinario fissa il termine — *si ad diem pecunia soluta non sit* — ma può essere anche illimitato, nè è men valido. Brunemann. ad L. 4. D. de leg. commiss. Un'altra specie di patto commissorio è in questa legge N. 2., caduta d'uso.

(*c*) L. 1. D. de in diem addict.

(*d*) L. 2. D. eod.

Digitized by Google

pagamento (*a*), onde al venditore non pagato, è data l'azione vendicatoria (*b*). Ed è condizione *sospensiva* non *risolutiva* (*c*). Nei nostri costumi o il compratore paga o il venditore crede nel pagamento futuro; le reintegrazioni sono rare, tuttavia non impossibili, quando non ci sia alcun segno o indizio di fede avuta nel prezzo, e ne abbiamo esempî in decisioni non antiche (*d*). *La riserva* che si fa nelle vendite di ritenere il dominio fintantochè il prezzo non sia pagato (*e*), sarebbe dunque una superfluità, se non fosse una cautela contro i dubbî che soglion nascere (*f*); e se più comunemente non si vedesse associata alla fiducia stessa del prezzo. Onde suol assegnarsi un termine al pagamento, e insieme convenire che non pagando al termine fissato, il venditore abbia il regresso alla cosa sua come se giammai il dominio si fosse tolto da lui. Possesso *precario* e *condizionale* che è permesso stipulare anche sotto il regno della Ipoteca pubblica. Il che è bene dichiarare per coloro i quali credono che nella nostra giurisprudenza non abbia vigore alcuno la *riserva* per l'effetto del regresso, ma tutte risolversi in ipoteche privilegiate. E così veramente la riserva tornerebbe inutile, essendo la ipoteca privilegiata del prezzo inerente alla natura della vendita (*g*).

(*a*) Instit. de rer. divis. et adquir. rer. dom. §. 41. L. ut res 53. D. de contrah. empt.

(*b*) §. 41. Inst. d.

(*c*) Gothofr. Not. alle LL. 1. e 2. D. de lege commiss. L. 5. §. 18. D. de trib. act.

(*d*) Sutrina resciss. contract. 10 Dec. 1832. cor. de Cursis §. 1. — Confirmat. 28 Febb. 1834. cor. eod. §. 1.

(*e*) Per l'autorità delle LL. 1. e 3. Cod. de pact. inter empt.

(*f*) Se il venditore abbia avuto o no fede del prezzo, è materia congetturale e di pericolosa interpretazione. Vinnio ad §. 41. Inst. de rer. divis.

(*g*) Eoque magis (disse la Rota nella citata Sutrina Resciss. contrat. 10 Dec. 1832.) in proposita specie dicendum erat, dominium perseverasse apud sorores Nardini, *quia disertissimo pacto in publico emptionis instrumento incontinenter adjecto, illud sibi reservaverant usque ad integram pretii*

Digitized by Google

2. La legge pontificia non impone l'obbligo di dichiarare nell'ufficio delle Ipoteche il diritto di dominio; anzi la giurisprudenza della Rota è andata sino a stabilire la invalidità di un'aggiudicazione giudiziale per virtù della riserva stipulata dal venditore (*a*).

La difficoltà nasce quando si trovano accoppiate e quasi messe a fascio la *riserva e la Ipoteca*, come la notarile ridondanza suol fare. Del resto nè la espressione di vendere *liberamente*, nè tampoco *il fatto della iscrizione della ipoteca*, furono bastanti nel concetto rotale ad impedire il regresso chiaramente e senz'ambiguità alcuna espresso nel patto (*b*).

Ma quando quelle due opposte idee si vedono ravvicinate colle parole accumulate e commiste di *dominio* e d'*ipoteca*, la giurisprudenza accetta di preferenza questo secondo concetto; *res sua nemini servit;* la riserva di dominio diviene un pleonasmo, e non ha altro valore che *d'ipoteca speciale* (*c*). Non so quale pendenza faccia trascorrere la nostra giurisprudenza in questa massima; ella è forse una inclinazione di armonizzare, quanto si possa, col sistema della pubblicità, sentendo che non conviene usar troppa indulgenza a codeste riserve, ai regressi, che sconvolgono e compromettono non rare volte gl'interessi dei terzi. Dottrina, che non mai trattata teoricamente, e sparsa in decisioni non sempre unite

---

solutionem. Quum enim (questa è la stringente ragione) *sine domini voluntate rei dominium in alium transferri nequeat, expressa dominii reservatio operatur, ut numquam emptor rei dominium adquirat usque ad integram pretii solutionem, ipsaque bona possideat precario dumtaxat, et ad instar meri conductoris, quia universi dominii jura, et civilis etiam possessio apud venditorem remanet* — Agg. la Confermat. 28 Febb. 1834. N. 2.

(*a*) Pisaur. seu Senegall. manut. seu reintegrat. 4 Dec. 1826 cor. Marco. Tranquill. Tom. IX. Dec. 32. Roman. seu Tusculan. Melioram. 12 Febb. 1750. §. 11. cor. Canilliac. Decis. 704. N. 2. cor. Olivat.

(*b*) *Utile per inutile non vitiatur;* la iscrizione parve allora una cautela aggiunta — Pisaur. manutentionis, seu reintegr. etc. 4 Dec. 1826. cor. Marco.

(*c*) Collez. del Tranquilli. Tom. VIII. Dec. 72. T. IX. Dec. 41. 32. del Viterbens. 5 Maggio 1829. cor. Muzzarelli.

Digitized by Google

di buon accordo, può compendiarsi in queste tre regole. E cioè che *la riserva si risolva in ipoteca speciale* 1.° *quando sia indefinita e perpetua* 2.° *che si tratti di rivendicare il fondo non dalle mani del compratore, ma di un terzo possessore che comprò per causa onerosa* 3.° *che sia almeno dubbia la volontà dei contraenti* (*a*).

3. Si faccia avvertenza alla seconda delle accennate regole. È forse un corollario legittimo di principî anteriormente stabiliti? Io nol credo. Posto che il proprietario conserva il dominio sotto la difesa di un patto formale; posto che il proprietario non ha verun obbligo di pubblicare in qualche libro solenne il diritto che conserva, conseguenza legittima si è ch' esso possa rivendicare la sua proprietà in qualunque mano sia trasmessa. Qui al contrario, in questa giurisprudenza rotale, vedete il diritto di dominio piegare e fare omaggio ad un altro principio, quello del Credito. Chi mai non vorrebbe il trionfo di questo principio? Ma bisogna prepararlo, pare a me; porre in solida base le ragioni di esso obbligando la proprietà a non nascondere veruno de' suoi movimenti, onde non venga mai caso che la buona fede del commercio sia côlta alla rete di qualche erronea apparenza. Tutto questo però è ufficio e virtù di sistema armonicamente collegato colle altre parti della legislazione: io non credo che sia dato ai tribunali, per quanto autorevoli, di farsi artefici di nuove leggi, senz' aumentare la confusione del sistema.

4. Si può ipotecare senza dubbio dal compratore il fondo di

(*a*) Questa dottrina è così dichiarata nelle citate decisioni 10 Decembre 1832. e 28 Febbraio 1834; e nella seconda specialmente, nella quale insisto per la difficoltà che veggo nel foro a determinare i sottili confini di codeste idee. Quod ut effugeret, dice la seconda, haud sano consilio obijcere Teusias posset, quod dominii reservatio in meram simplicemque tantum hypotecam resoluta sit. Nam ex recepta S. N. Ordinis doctrina, id tantum efficitur, *vel quando agitur de vendicanda e tertii possessoris manibus possessione eidem ex causa onerosa translata; vel ubi dominii reservatio sit indefinita ac perpetua nec ab ulla conditione dependens* — Agg. Sutrina Graduat. 6 Jul. 1821. §§. 6. e 7. cor. Zinnani — Rom. Immiss. 12 Iun. 1818. cor. Spada.

Digitized by Google

cui non ha pagato il prezzo. Ma è chiaro che col dominio eziandio la ipoteca si risolve (*a*).

§. CLIV.

Della virtù risolutiva del patto di ricompra.

1. È comune che la ipoteca statuita dal compratore sul fondo soggetto alla ricupera si risolve quando, *oblato pretio*, il fondo ritorna alla prima sua causa (*b*).

Tuttavia alla dimostrazione di questa verità comune vuolsi un' altra ricerca un po' più elevata: assegnare cioè la ragione per cui il dominio si risolva, anzichè si effettui una seconda vendita, la quale come un nuovo fatto giuridico non potrebbe reagire sulle disposizioni intermedie del compratore a danno di terzi.

Non c'è nulla che non sia volgare neppure in questo esame: tuttavia il principio è bene fermarlo per la necessaria solidità del discorso.

2. Il ricuperante esercita un' azione che *nasce dal contratto*, vuoi l' azione *ex vendito*, o quella *praescriptis verbis* che a lui competono ugualmente (*c*). L' una e l' altra azione *è personale*, appunto perchè discende dal contratto (*d*). E questo è il motivo di dubitare. Perciocchè egli è d' uopo stabilire nel venditore retraente un diritto *reale* per far cadere le alienazioni del compratore, e permettere una reintegrazione completa.

Il senno pratico inventò una formula che escludendo il concetto della retrovendita raffigurasse una idea conservatrice, e la

---

(*a*) Questo vero riconobbero in relazione dell' art. 2125 del codice Francese Persil. hyp. al d. art. Ballcroy de Rinville T. 11. p. 225.

(*b*) Pacif. de Salv. interd. Iusp. 5. c. 1. N. 113. Tiraq. de rect. conv. §. 3. gl. 1. N. 13. Negus. de pign. Par. 5. M. 1. N. 44. Merlin de pign. Lib. V. T. 1. Qu. 14.

(*c*) Tach. de servitut. praedior. vel real. Par. 11. de retr. convent. Thes. VI. N. 1. 2.

(*d*) Tach. Th. VIII.

Digitized by Google

permanenza del dominio. Bisogna evitare quelle locuzioni che tendono a significare piuttosto il fatto dell'uomo che l'intrinseca e spontanea evoluzione della proprietà. Se verbigrazia fosse detto che, *offerto e restituito il prezzo il compratore sia tenuto a rivendere* o altre parole simili, il fatto del compratore è troppo pronunciato in questa formula. Che se all'incontro diciamo che, *offerto o restituito il prezzo, la cosa passi ipso jure e senza tradizione* nel retraente; o ancora che la cosa si abbia per invenduta (res sit inempta), che è la formula della legge commissoria, il contratto si risolve e ogni cosa nel pristino stato ritorna (*a*). Ah! non facciamo dipendere da un giro di parole la sostanza e la verità delle cose. Qualche ingegno superiore, anche nei tempi andati (*b*), aveva ripudiato quel formulario che suppone in ogni scrittura la mano del legista, e immagina che la volontà del venditore non sia sempre una, quella di ricomporre il proprio dominio colla ricupera.

3. Ma narrare le battaglie degli scrittori intorno alla natura del patto di ricompra sarebbe opera da non finirla in breve tempo (*c*). Noi avremo per la migliore la dottrina seguente, che è quella del Tiraquello, e che sembra non aver più contraddittori nel foro.

(*a*) Tiraqu. de retract. convent. §. 1. Gl. 7. N. 12. Covarruv. var. resolut. Lib. 3. C. 8. N. 2. Trentacinq. de empt. resolut. 10. N. 21. Mantic. de tacit. Lib. IV. T. 32. N. 62. e segg. Alcuni però non ammettevano distinzioni, e rigidamente professavano il sistema della novazione; onde al compratore attribuivano facoltà d'ipotecare e di vendere, nè consentivano al venditore originario che l'azione personale per l'emenda dei danni contro il venditore. Perciò avevano bisogno di determinare le sostanziali differenze fra questa combinazione e quella di una enfiteusi che devolve; nella cui risoluzione tutti s'accordano. Tach. de retr. convent. Thes. IX.

(*b*) Soc. jun. Cons. 129. N. 1. et seqq. Lib. 3. Paul. Castr. in L. si cum venderet D. de pign. act. Quest'ultimo — *Operatur consensus resolutivus, qui sit re integra, ut omnis obligatio tam naturalis quam civilis, orta ex contractu, ipso jure resolvatur.*

(*c*) Il Tiraquello se ne occupa estesamente nel §. VI. Gloss. II. dal N. 4. al 24.

Digitized by Google

O il patto di ricupera fa parte integrale del contratto di vendita, o lo segue di sì breve tratto (confestim) che si abbia come parte di esso; ovvero fu accordato ex intervallo, dopo il contratto. Nel primo caso la vendita *est sequela prioris contractus:* onde nei trasporti enfiteutici non si risponde che un solo laudemio (*a*). Altro avviene nel secondo caso, poichè il patto posteriore trovò già compiuto e perfetto il contratto di vendita. La legge commissoria ha nel primo caso una applicazione evidente (*b*). Non c'è oggimai legislazione che s'impacci della formula (N. 2. sopra) che noi lasciamo volontieri nei libri. Pertanto dal patto di ricompra si svolgono due condizioni contrarie; la *sospensiva* dal lato del venditore che tornerà padrone quando adempia alle proprie obbligazioni; la *risolutiva* dal lato del compratore il cui dominio cesserà di appartenergli, avverandosi la ricompra.

§. CLV.

Sì il compratore che il venditore possono costituire ipoteche sul fondo venduto con patto di ricompra, le quali hanno poi quell'effetto che è della natura loro, quanto si avvera la ricompra.

1. Il profondo Grenier a questo luogo prese un grande abbaglio; Troplong lo confuta (*c*) ed è impossibile non essere della opinione di quest'ultimo.

Prima di Grenier aveva parlato il Tarrible; quel pensator grande che il primo rispetta e onora nell'atto stesso di combatterlo (*d*).

Come mai si spesero sì belle e gravi parole per sostenere un assurdo? Il solo compratore, dice il Grenier, non già il venditore può costituire ipoteca. Il solo compratore possiede l'immobile,

---

(*a*) V. il mio Contratto d'enfiteusi p. 366. 367. 368.

(*b*) Chiesi Sistem. Ipot. N. 686.

(*c*) N. 468. quat. e 469.

(*d*) C'est toujours avec timiditè que je combats quelques-unes dès opinions de Tarrible N. 153.

Digitized by Google

ecco la sua ragione fondamentale; d'altra parte il legislatore (francese) nell'art. 2125. *a un solo* diede facoltà d'ipotecare; e quest'uno è senza meno il compratore; non può essere il venditore che non ha che un diritto reale. Invertendo, come giustamente dice il Troplong, l'ordine delle idee, applica alla situazione del compratore, anzichè a quella del venditore, la parola dell'articolo — *diritto sospeso da una condizione:* non è dispregio per tant'uomo il dire che tali idee sono aberrazioni (*a*).

2. Le leggi dei varî Stati, trascritte nel principio di questo Capitolo, abbracciano la quistione nel duplice aspetto di condizione *sospensiva e risolutiva* (*b*); la prima delle quali si riferisce al venditore, la seconda al compratore, come fu detto. Se due persone partecipano in quel modo di una proprietà, è chiaro che le ipoteche da esse costituite avranno quel destino che loro prefigge la rispettiva causa giuridica, ravvivandosi le prime col fatto della ricupera, ed estinguendosi le altre.

3. Quanto adunque al venditore con patto contemporaneo di ricompra ha luogo la massima — *Celui qui a une action in rivendication, peut aussi hypotequer l'immeuble avant même d'exercer la rivendication. Duranton.* N. 277. (*c*).

§. CLVI.

Dei diritti dei creditori ipotecarî sul prezzo della ricupera.

1. Le massime fin quì enunciate sulla quistione della ricupera sono comuni alla giurisprudenza romana, alla francese, e alle nostre italiche; mi riserbo di fare alcune osservazioni speciali sull'austriaca. Il §. 1673. del codice francese dice con molta chiarezza

---

(*a*) Se il diritto del compratore è *sospeso* da una condizione il venditore sarà nella condizione contraria, cioè nella risolutiva: riflesso che fa vedere di più l'assurdo.

(*b*) Duranton. N. 276. e 278. Pothier Vendita N. 412. Troplong. Vendita N. 719. e segg.

(*c*) La massima non può generalizzarsi per ciò che diremo nel corso di questo capitolo.

Digitized by Google

» Quando il venditore rientra in possesso del fondo in virtù del » patto di retratto, lo riprende esente da tutti i pesi e ipoteche » di cui il compratore lo avesse aggravato ». Ne segue che i creditori ipotecarî del compratore col fatto della ricupera *ed ipso jure* perdono ogni diritto reale.

2. Pagando il prezzo in mano al compratore, il retraente può forse temer molestie dai creditori ipotecarî non invitati a quell'atto?

Io credo che il retraente sia nel suo diritto. (*a*).

Cosa sono i creditori ipotecarî del compratore rapporto al retraente? Hanno essi dei diritti che non siano misurati da quelli del loro autore? Ne posseggono forse dei diversi e più forti? Il retraente col pagamento o coll'offerta compie il debito suo: si libera in faccia al creditore; perchè non dovrebbe liberarsi del tutto? Perchè dovrebbe patire in un modo qualunque le conseguenze del fatto del venditore che non poteva dare altrui diritti maggiori di quelli che avesse lui stesso, e che non ne ha più nessuno? Il creditore, dice giustamente Balleroy de Rinville, che fu contento di porre la sua ipoteca su base così fragile, non dee dolersi se gli è mancata sotto i piedi. Piuttosto domanda alcune parole (non foss'altro per la grandezza dei nomi) la opinione di Pothier e di Persil.

Se i creditori ipotecarî, dicono essi, hanno avuta la precauzione di fare un sequestro del prezzo in mano al venditore, potranno richiedere che i denarî del riscatto vengano impiegati in altri fondi stabili, sui quali avranno diritto d'ipoteca in sostituzione di quelli che sono devoluti al retraente. Non posso accettare questa opinione. Il Pannier, che la rigetta (*b*), crede che potesse sostenersi secondo i principî della giurisprudenza antica, dove il prezzo può dirsi rappresentare la cosa. Il prezzo di ricupera non ha mai rappresentato la cosa per gli effetti ipotecarî: il pagamento

---

(*a*) Due Sicilie 1519. — Sardo 1678. — Modena 1575. — Parma 1489.

(*b*) Pag. 166. E con lui Battur N. 235. Ernest p. 151. Chiesi N. 688. che dice molte ragioni solidissime. Io credo di aver raccolto tutto l'insieme delle risposte nella formula che vengo accennando.

Digitized by Google

di esso è semplicemente un fatto onde si avvera la condizione da cui dipende la ricupera. Quando la ipoteca ricopre nella sua totalità la realtà dell'immobile, è allora che il prezzo del fondo venduto è sostituito alla cosa stessa, e la rappresenta. La ragione si è che il creditore ipotecario non avendo altro limite del suo oppignoramento che la importanza economica del fondo, egli ha diritto di cogliere il prezzo, *che è il fondo stesso realizzato.* All'incontro colui che ipotecò un fondo il cui dominio era condizionale e risolubile, non *ha oppignorata la totalità, ma solo una parte del diritto, quella che il debitore ha e potrà conservare.*

3. Questo piuttosto io crederei: che i creditori del compratore potessero far sequestro sul prezzo; e come semplici chirografari, giacchè le loro ipoteche sono spente, potessero dividerlo fra loro per contributo (*a*).

§. CLVII.

Del diritto di ricompra secondo il Codice Austriaco.

« Il patto di ricompra (§. 1070.) ha luogo soltanto per le cose immobili, e compete al venditore soltanto vita sua naturale durante. Egli non può trasferire il suo diritto nè agli eredi, nè ad altri; *e non può esercitarlo in pregiudizio di un terzo se non in quanto esso diritto sia iscritto nei pubblici libri* ». Il Basevi a questo §. Ediz. VI. ricorda due decisioni « riferite nell'Eco dei tribunali del 30 Marzo 1852 che hanno ritenuto (sono sue parole) che il diritto della ricupera sia *reale*, e che in questo regno, attesa l'impossibilità d'iscriverlo (*b*), sia operativo senza iscrizione contro il terzo acquirente ». Reputa applicabili alla giurisprudenza del regno le altre teorie che ho poste intorno a questa causa risolutiva del dominio, e ai diritti dei creditori ipotecari.

(*a*) Ho trovato convenire in questa massima il Cannetti N. 200.

(*b*) Non essendo ancora attuato il sistema tavolare, come ho detto più d'una volta.

Digitized by Google

§. CLVIII.

La legge Toscana stabilisce una giurisprudenza del tutto opposta.

Il patto commissorio, e la retrovendita sono privati di ogni retroattività (art. 62. della Legge 2 Marzo 1836). La legge parla sì chiaro, e, direi quasi, sì sinceramente, che fa piacere. Ella vi dice aperto — *che le ipoteche non si risolvono e non si annullano, e continuano a sussistere in tutta la loro efficacia quando la risoluzione o l' annullamento del dominio dell' acquirente o del possessore è l' effetto . . . . . dell' inadempimento del patto che forma parte del prezzo nella compra e vendita, o del patto di retrovendita.* Dice Sabatini « l' articolo conserva la regola — *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* — ma la modifica in tutti i casi nei quali si verifica nella risoluzione il fatto volontario dell' acquirente nel procurare la risoluzione del titolo per il quale in esso i beni si trasferirono » Sistem. Ipot. Tosc. N. 2458.

§. CLIX.

Le leggi Sarde non ammettono la risoluzione della vendita per difetto di pagamento del prezzo.

Così dispone l' art. 1661. Gli altri nostri codici italiani all' incontro si appropriano la disposizione del codice francese « Quando al tempo della vendita di un immobile siasi stipulato che non pagandosi il prezzo nel termine stabilito la vendita sia disciolta ipso jure, spirato il termine senza che il compratore abbia pagato il contratto resta sciolto, salvo che il venditore non preferisca di costringere il compratore al pagamento del prezzo ». Due Sicilie art. 1502. Modena 1575. Parma 1472.

Anzi per la legge Sarda « Ogni convenzione in contrario si avrà per non apposta ». Così si recidono molte quistioni, e il credito se ne vantaggia. Se non avete fiducia nel compratore, non vendete; gettata per modo di dire la vendita in mezzo al mondo,

Digitized by Google

commerciale, non la ritirate, perchè non è improbabile che per voi si scuotano degl' interessi che avranno presa quella piega; che credettero nella vendita; che non videro o non intesero le riserve; e nell' alacrità dei negozi il tornare indietro è sempre cosa paurosa, e di cattiva impressione nel pubblico. Perciò questa legge Sarda che taglia al venditore la ritirata dopo una vendita solenne, è un buon passo verso quella semplicità cui aspiriamo. Tanto più lodevole, quanto è più imperfetta fra noi la pubblicità di questi vincoli. Ma rispettando la virtù retrograda del patto di retratto (art. 1678.), mentre rifiuta il patto commissorio, la legge Sarda non verrebbe in alcuna guisa a contraddirsi ne' suoi principî? Per noi difatti non si potè dissimulare l' attinenza logica di quelle istituzioni (§. CLII.) amendue le quali ci mostrano un atto identico della proprietà autonoma, che può non disporre, e perciò può disporre a suo grado e colle condizioni che vuole. Avviene all' opposto nella legge Toscana (§. CLVIII.), che respinge la retroazione del patto di ricompra, e non offre argomenti per escludere il principio dell' addictio in diem, e l' indole retrospettiva del patto commissorio. Così le nostre legislazioni discordano, non solamente nel regolamento del principio di retroattività, ma eziandio nella valutazione dei fatti in cui s' incarna quella idea; giacchè questa risolve la vendita, attesochè non fu pagato il prezzo, ma la vuole perfezionata e indissolubile malgrado il patto di ricupera e la restituzione del prezzo; e per converso l'altra riconosce nel secondo caso quella realtà che nel primo nega e rifiuta.

§. CLX.

Sostituzioni.

Non voglio anticipare sulla materia gravissima dei fedecommessi e delle sostituzioni: e mi basterà il dire cosa assai volgare, che cioè dove sono, ed è ricevuta quella forma di testare, la ipoteca imposta dall' erede gravato si risolve cessando il soggetto di

Digitized by Google

diritto che le aveva dato l'esistenza (*a*). Questo modo appartiene alla categoria *dei fatti risultanti dal Titolo*, sendochè il destino della ipoteca è già prenunciato dalla legge del testatore.

§. CLXI.

Erede e legatario condizionale; nel duplice concorso della condizione sospensiva e risolutiva.

L'erede obbligato a cedere gl'immobili costituiti in legato a favore di un terzo, quando un preveduto evento si verifichi; e il legatario che sarà per riceverli sotto la influenza del medesimo avvenimento, collocati come sono in opposizione d'interessi, possono ipotecare amendue senza urtarsi fra loro; cessa il diritto dell'uno quando comincia quello dell'altro; e l'ipoteca dell'erede muore sul confine del fatto avverante la condizione. Donde nasce quella che può sembrare strana apparenza di due sussistenze ipotecarie sul medesimo fondo, procedenti da cause opposte, e mutuamente escludentisi, dal che prese forte impressione l'animo di Grenier (*b*), e forse furono cagione perch'ei dicesse che il legislatore *concentra la facoltà d'ipotecare in un solo individuo*. Ma all'incontro, essendo chiaro che la stessa facoltà posseggono coloro i cui diritti reali o sono sospesi da condizione, o per condizione possono cessare, ed essendo nella natura delle cose la necessaria coesistenza di codesti due termini di diritto, ne segue che ognuno di essi deve produrre gli effetti che gli son proprî nel limitato giro in cui si racchiude la loro sfera d'azione. Perchè mai si dovrebbe dare la preferenza a colui che può perdere il diritto col verificarsi di una condizione, che perciò chiamasi risolutiva, verso quello che può acquistarlo in virtù del medesimo avvenimento! Quello dei due che ne fosse privato, invocherebbe per sè una legge letterale che gli attribuisce chiaramente la facoltà d'ipotecare;

(*a*) Mantic. de tac. et amb. N. 31. Soc. Iun. Cons. 119. N. 15. et seqq. Cons. 58. Lib. 2. Merlin. de pign. Lib. V. T. 1. Qu. 14.

(*b*) N. 153. in fin.

Digitized by Google

e avrebbe ragione. Se il concorso di codesti due ordini d'ipoteche dovesse riuscire imbarazzante, come teme Grenier (*a*), dovrebbe darsene carico alla legge che noi non possiamo mutare. Anzi discorrendo del caso dell'erede e del legatario, di cui annunciamo la tesi in questo §., il Duranton (*b*) vede in questa combinazione un deciso favore del commercio e del credito in generale. Stima poterlo dimostrare supponendo che l'erede e il legatario si trovino in istato di matrimonio; e ciascuno di essi ponga ipoteca sulla rispettiva proprietà condizionale o risolubile a guarentigia delle doti delle loro mogli. O l'una o l'altra di esse è certamente assicurata, poichè, o la condizione manchi, o si verifichi, la moglie dell'erede, o quella del legatario, ripetono la loro cauzione dalla morte del testatore senza interruzione veruna (*c*). Lasciando stare se questo modo di dimostrazione sia il più convincente, l'opinione del Duranton è incontrastabile.

§. CLXII.

Della risoluzione delle Ipoteche per cessazione del dominio enfiteutico. Idee preliminari.

1. Entrando in questa grave materia della risoluzione livellare, sono costretto di romper fede al mio sistema, usurpando nella trattazione alcune quistioni che dovrebbero far parte della divisione successiva. Non lieve briga degli scrittori che hanno alle mani una materia vastissima, che devono occuparsi di subbietti misti, intrecciantisi più o meno cogli altri rami dell'albero scientifico, e con tutto questo obbligati di farne spiccare le idee dominanti, quasi formassero altrettante specialità. Ma questa volta

---

(*a*) » Che si dispensa dall'entrare in dettagli non potendo tale concorso avvenire che raramente ».

(*b*) N. 276.

(*c*) Poichè se manca la condizione, l'erede conserva la sua proprietà; se si verifica, il legatario si finge averla acquistata fin da principio per l'effetto retroattivo inerente alla condizione.

Digitized by Google

la materia è troppo compatta, mi servirò di questa frase in voga, perchè io possa dividerla (*a*).

2. *Se e quando si risolvano le ipoteche al cessare delle enfiteusi, al consolidarsi della proprietà.*

Due grandi strade abbiamo innanzi, paralelle, se volete, ma certo assai distanti fra loro e conducenti ad un termine: la reintegrazione dei dominî, e la estinzione delle enfiteusi. Ma se uno è il termine, assai diverse sono le cause, le estrinseche dimostrazioni, le ragioni del discutere, quelle del giudicare, le conseguenze. Ivi l'ipoteca muore, e qui sopravvive e regna ancora sulle ruine dell'edifizio enfiteutico. Quando, come, e fin dove si spinge questa varietà di effetti? Problema assai complesso, ma che in proporzione alla vastità del tema cercheremo di risolvere con tagliente brevità.

Ci basti intanto il dire, per amore di coerenza, che in questa *Divisione* non dovrebbero venire che quei casi di devoluzione che *hanno scritta ed espressa la loro causa dissolutiva nel Titolo* che ogni acquisitore consulta per apprendere i diritti del suo autore: ma ho già detto che io mi permetto questo piccol fallo al rigore del metodo per maggiore comodità e utilità di esposizione

§. CLXIII.

Dei miglioramenti come patrimonio dell'enfiteuta. Devoluzione. Caducità. Considerazioni generali.

1. L'enfiteusi importa una divisione sì profonda di rapporti fra il direttario e l'enfiteuta che ho sempre stimata grandemente consentanea alla natura delle cose la nomenclatura dei due

---

(*a*) All'incontro mi passo in questo capitolo *dell'usufrutto*, di cui non potrei dire quanto occorre, senza estendermi a quistioni importanti che verrò piuttosto segnando in altro luogo in cui la materia trova spazio più opportuno e più comodo sviluppo.

Digitized by Google

domini (*a*), *diretto-utile* contro altre opinioni (*b*). In effetto due facoltà stanno a fronte, e si dividono il campo della disponibilità reale; un vincolo le unisce con relazioni tutte proprie a questa singolare istituzione; ma, salve quelle relazioni, molte fra le prerogative della proprietà riseggono veramente nell' enfiteuta.

L' antico intento della legge fu di costituire due patrimoni *super eadem re*; l' uno su base metafisica e ideale, l' altro materiale e corporea; l' antagonismo di codesti diritti contemperando di maniera che l' azione loro, varia nella unità, potesse esercitarsi senza urti e sobbalzi nell' orbita disegnata: idea felice! L' antichità vide una missione sociale in questa forma la cui bontà si era sperimentata nelle quistioni tributarie; e fu persuasa, che la industria dei campi da un solco « bagnato di servo sudor » non avrebbe potuto sollevarsi a quel grado di dignità e di forza che richiedeva la conquisa ed avvilita condizione agraria.

Quindi sotto nome di *miglioramenti* accennò il cumulo dei profitti che la fatica intelligente dell' uomo libero avrebbe creati; e dargli in proprietà la sua stessa creazione, era semplicemente un atto di giustizia. Nella idea romana, l' enfiteuta *dominus* dei miglioramenti poteva anche venderli (*c*), benchè non senza farne omaggio al padrone diretto; consacrando la proprietà della industria e del lavoro, fu assicurato il beneficio della istituzione.

2. L' ipoteca in tanto sussiste in quanto ci siano dei miglioramenti, che sono la proprietà dell' enfiteuta; e tanto dura quanto per una causa qualunque i miglioramenti non si riconfondano nella proprietà del direttario, e sfuggano a colui che li gravò d'ipoteca. La dottrina adunque della pertinenza del migliorato è precisamente quella della sussistenza e durata della ipoteca.

(*a*) Contratto d' enfiteusi Tit. I. Se qualche volta vengo citando quella mia operetta, egli è semplicemente per la comodità che trova l' autore nell' adagiarsi sulle proprie idee; le quali, se hanno alcuna autorità, non la ripetono dal nome di lui, ma dalla ragione che le sostiene, e dalle prove su cui sono fondate.

(*b*) §. LXXI. N. 3.

(*c*) L. 3. Cod. de jure emph.

Digitized by Google

3. L'enfiteusi romana di natura sua perpetua, improvvida delle restrizioni ch'era per subire dal futuro feudalismo, ignorava quel modo di ritorno che si chiama *devoluzione*, e che procede *dalle condizioni temporali* imposte dalla così detta Investitura (*a*). Di tipo romano e primitivo è la *caducità* (*b*).

La durata della investitura talvolta è determinata, per esempio a 99 anni; talvolta è indeterminata, come allorquando si fa dipendere da casi eventuali e da future contingenze, più o meno favorevoli alla stessa durata (*c*).

4. Sembrerebbe consentaneo alla natura delle cose che ogni gravame, ogn' ipoteca venisse a sciogliersi colla consolidazione dei dominî; ma talvolta l'equità naturale, introdottasi senza rumore e con successive acquisizioni nella giurisprudenza, talvolta la stessa equità ma vestita di regio o pontificale ammanto, ha dettato la legge ai signori *diretti*, agli stessi potenti feudatarî, a corporazioni d'altra parte privilegiatissime, preservando nei migliorati il patrimonio dell'enfiteuta e del vassallo, e quindi ai creditori i loro diritti reali.

§. CLXIV.

Seguita il parlare della devoluzione e caducità dei beni livellarî, e della risolubilità ipotecaria, giusta il diritto comune e le leggi Pontificie.

1. *La devoluzione* (*d*) è la cessazione dell'enfiteusi per cause preordinate nel testamento o nel contratto; ma non inchiude veruna idea di punizione o di pena, come nei ritorni caducarî.

(*a*) Per questa ed altre nozioni storiche puoi vedere il libro del celebre Girolamo Poggi; e se vuoi anche il mio pag. 581 e seg. È chiaro che qui non parlo dell'enfiteusi ecclesiastiche rese temporanee da Giustiniano.

(*b*) L. 2. Cod. de Iur. emph. in fin.

(*c*) A generazioni numerate. A qualità personali di successibili.

(*d*) Come si distingua dalla Caducità — *Contratto d' enfiteusi* pag. 424.

Digitized by Google

Non rare volte il patto impone la reversione colla perdita di tutti i miglioramenti: il patto si deve osservare (*a*). Le ipoteche allora svaniscono e vanno in nulla.

Se il patto non provvede, il migliorato per regola generale è riservato all'enfiteuta, sia che la enfiteusi devolva per generazioni finite, o per termine trascorso, o per la mancata qualità dei successibili. Un grande interesse sociale parlava a favore degli enfiteuti che nell'ordine industriale furono forse i primi civilizzatori della seconda barbarie; onde anche i giuristi, che non sempre hanno educato lo spirito alle idee generose, dicevano che il patto della perdita del migliorato doveva esser chiaro e preciso (*b*), indi venivano a discutere sulla natura e qualità dei miglioramenti, ricerca che non può entrare nel nostro tema.

2. Ma la investitura fu strumento di politico dominio; e mentre tutto il mondo si minacciava d'investire, tutto il mondo si minacciava di spogliare. Gli statuti municipali ostarono alle invasioni del feudo (*c*); le Costituzioni dei Sommi Pontefici al materiale ingrandimento degli ecclesiastici. Le mani-morte seguitarono ad essere immortali ma di una immortalità meno pericolosa all'universale. La storia d'Italia, o degl'italiani, come si dice adesso, non ha fatta la debita ragione a quella grand'opera dei Pontefici; non ha ancora apprezzato quanto ci fosse di grande di generoso e d'indipendente in quelle leggi che dal supremo Potere ecclesiastico discendevano a moderare le pretensioni degli ecclesiastici; quanta ricchezza d'elementi fecondatori di civiltà contenessero quelle istituzioni popolari che tali possiam chiamarle, le

---

(*a*) Bart. in L. jubemus §. Sane C. de Sac. Eccles. Redoan. de melioram. N. 5. f. 407. Fulgin. de melioram. Qu. 2. N. 21.

(*b*) Valasc. de jure emph. Qu. 25. N. 3. e 6.

(*c*) Le *Consuetudini*, usi e pratiche popolari, rappresentanti i bisogni del secolo, avevano indotte ampliazioni notevoli nei fendi civili, non solo in Italia ma eziandio nelle Spagne e altrove, essendo l'alienabilità divenuta pressochè comune. V. Fabri, Rosental, Oldrado, Parisio ecc. Borsari. Contratto d'enfiteusi Ediz. Bologn. pag. 627.

Digitized by Google

quali preparavano il terzo ceto; la forza delle nazioni moderne (*a*). Provvidero pertanto quei Principi in primo luogo che i beni non tornassero alle corporazioni che male potevano coltivarli, onde in generale proibirono le *ammensazioni*. Fecero poi del migliorato il vero patrimonio dell'enfiteuta o livellario, dichiarando che i beni erano divenuti *quasi allodiali* (per contrapporre la idea libera *dell' allodio* a quella della servitù feudale di cui le menti eran piene); e permettendo l'alienazione e circolazione di quella proprietà dell'enfiteuta, onde *la ipoteca vi riposò sicura*, se non in quanto poteva temersi il pericolo della *caducità* (*b*).

2. La devoluzione è l'ultimo sviluppo di una legge scritta nel *titolo:* nella investitura. Alla fine il creditore ipotecario conobbe i pericoli a cui si espose, prestando sopra una proprietà che per cause già determinate potrebbe cessare. Malgrado ciò ho avvertito che la equità recò umanissimi conforti a massima tanto severa; che anzi d'ordinario la devoluzione rispetta il patrimonio dell'enfiteuta, e le ragioni de' suoi creditori. La *caducità*, privazione che avviene per fatto e colpa dell'enfiteuta, evidentemente appartiene a una categoria diversa, che però io cumulo nel presente capitolo pei riflessi fatti in principio del §. CLXII.

Le cause più frequenti della caducità sono 1.° l'alienazione illegittima 2.° il difetto del pagamento dei canoni 3.° la devastazione della cosa enfiteutica 4.° generalmente la inosservanza dei patti ai quali è connessa la pena della caducità (*c*). La privazione

---

(*a*) Sono celebri le Concordie Ravennati del 1193. e 1434. Le Costituzioni di Urbano VIII. per Urbino; Alessandro III. per Perugia; Gregorio XII. per Gubbio; Giulio II. per Rimini; di Bonifacio IX. e Paolo V. per Ferrara ecc. — Borsari Contratto d'Enf. pag. 630.

(*b*) Nella provincia di Ferrara abbiamo le così dette Enfiteusi o feudi Camerali di cui io discorro nel *Contratto d'enfiteusi* pag. 782. e segg. che non ammettono sopravvivenze ipotecarie, nè altro diritto dell'enfiteuta dopo la devoluzione.

(*c*) Valasc. de jure emph. per tot.

Digitized by Google

più completa colpisce il condannato, onde anche il diritto ipotecario svanisce; Scevola lo disse con queste stesse parole (*a*).

3. In questo fatto havvi un elemento di *volontarietà* dal lato del debitore, che fece pensare gli scrittori sollevando un dubbio che interessa semplicemente la logica della scienza, giacchè in linea giuridica non ha quistione. Il debitore, si dice, può salvarsi pagando, conservando, osservando i patti, facendo insomma il suo dovere: infedele agli obblighi suoi, egli ha *voluto* essere privato, come vuole la pena colui che commette un delitto; giacchè volere la causa è un accettare gli effetti e le conseguenze. In questo discorso però havvi qualcosa che non è ben digesta. La rescissione dell'enfiteusi, come dirò nel §. seguente, non distrugge le obbligazioni reali dell'enfiteuta, quando è *volontaria*. Ma la volontà dev'essere bilaterale; devono concorrere insieme e riunirsi quella del direttario e dell'enfiteuta. In questo caso deve considerarsi una *necessitas juris* quella che fa agire il direttario, che non potrebbe altrimenti avere quell'effetto, o almeno così pieno e così compiuto. E in ogni modo il direttario *esercita un diritto*. La rescissione volontaria, com'è chiaro, non è l'esercizio di un diritto. Inoltre è un contratto nuovo; e invece la caducità è un mezzo fondato nella causa primitiva da cui emana e discende. Laonde permettere all'enfiteuta la imposizione di oneri e gravami insolubili, oltre il dargli in mano un potente stimolo di frode, sarìa violazione evidente dei diritti del direttario. Dal lato stesso del debitore, la quistione si presenta sotto l'aspetto della necessità. Non sempre al mondo si può quello che si vuole; vero è che vi hanno fatti di commissione, come l'alienare, guastare i fondi, che possono attribuirsi a prava volontà; la *necessità* esiste pur sempre in relazione agli effetti, che il colpevole non può evitare e subisce fremendo. Da ultimo il creditore

(*a*) Item quaesiit: si cum in exsolutione vectigalis tum debitor cessat, et propterea pronunciatum esset *fundum secundum legem domini esse*, cujus potior causa esset? Respondit si (ut proponeretur) *vectigali* non soluto, jure suo dominus usus esset, etiam pignoris jus evanuisse — L. 31. D. de pign. et hyp.

Digitized by Google

aveva calcolato che fra i rischi a cui andava incontro eravi questo dei falli e dei mali portamenti dell' enfiteuta. La giustizia della teoria si compie dall' osservazione dei rimedi che spesso la legge impartisce agli stessi creditori onde evitare il danno, come toccherò brevemente più avanti.

§. CLXV.

Se la rescissione è volontaria, l' ipoteca non cade.

La quistione è di fatto. Ove il direttario e l' enfiteuta convengono fra loro, a cose quiete, nella retrocessione, è piano che vi ha un contratto di compra-vendita che ha la sua causa *presente* nel reciproco volere delle parti (*a*). Tal è l' effetto di una rinuncia qualunque, benchè si presenti sott'altro nome (*b*). Talvolta potrebbe dirsi che la forma è spontanea, ma che la retrocessione è veramente necessaria per la cagione che la muove; verbigrazia per l' impotenza in cui è caduto il debitore di pagare i livelli: cosa che io non ammetto quando si tratta dell' interesse dei terzi. Il debitore, se è sincero, non deve mai privarsi delle comodità che possono dargli in mano qualch' evento fortunato onde possa pagare il debito; ma quel ch' è più, non si può chiudere ai creditori, e a coloro che hanno interesse sulla cosa, di provvedere al difetto. Supponiamo invece che si tratti di caducità incorsa, indi confessata ed eseguita coll' atto di retrocessione. Difficilmente potrà l' atto opporsi ai terzi, qualora la caducità non sia stata accettata nei modi consueti e in tempo regolare; il lungo trascorso farebbe

---

(*a*) Fulgin. de melioram. Qu. 1. N. 7.

(*b*) Tiraqu. de retract. lign. §. 34. Gl. 1. Surd. decis. 286. N. 3. e 4. Corb. de caus. priv. ob non solut. canon. Ampl. 34. in fin. Fulgin. de renunc. Qu. 3. Si dubitò se la sussistenza dell' onere, della servitù, della ipoteca dovesse durare sino all' avverarsi della devoluzione, per esempio sino alla terza generazione preordinata nella investitura; ma prevale senza dubbio la contraria opinione, che cioè il gravame se costituito a perpetuità, tale deve rimanere. — Fulgin. Quest. III. d. N. 9.

Digitized by Google

argomento validissimo di remissione, onde l'atto tardivo avrebbe tutta la sembianza di una convenzione fatta per deludere i terzi.

§. CLXVI.

Dei livelli affrancabili; e se la ipoteca costituita dal livellario sia risolubile.

1. *Il diritto di affrancare il canone*, è la facoltà data al livellario di acquistare la pienezza della proprietà; ma finchè la facoltà rimane in potenza, il livellario ha tutti i vincoli e tutti i doveri della sua condizione. Quando la facoltà è tradotta in atto, è manifesto che le ipoteche imposte dall'enfiteuta, divenuto padrone assoluto, acquistano perennità di vita.

Anzi le ipoteche, ristrette alla capacità del dominio utile, si estenderanno alla totalità del valore per il principio che vedremo altrove, che colle accessioni e gli aumenti della cosa ipotecata, si accresce e piglia spazio la garanzia ipotecaria.

Si potrebbe non affrancar mai, e la facoltà si avrà come non data. Ma potrebbe anche l'affrancazione essere coattiva; onde il direttario costringendo l'enfiteuta ad affrancare gioverà a' suoi creditori ipotecarî (*a*).

2. Un altro caso potrebbe avvenire più notevole. Non sempre la caducità da cui l'enfiteuta è percosso, lo priva del diritto d'affrancare, se il patto non si comprende nella formazione del livello in guisa che possa ritenersi uno dei correspettivi del contratto. Il diritto di affrancare, risultante da convenzione distinta ed esistente per se stessa (*b*), può esercitarsi anche dopo consumata la caducità. Quid juris in tal caso delle ipoteche che il livellario aveva imposte, e che si erano estinte colla caducità? Risorgono esse nella proprietà acquistata? Io lo credo, *ob jus superventum*, secondo ciò che fu dichiarato nel Tit. III. Capo III.

(*a*) E coattiva è difatti in Toscana, Sardegna ecc. come dirò più sotto.

(*b*) Dopo il contratto di livello, in cui non si parlava di affrancazione, io vi pago 100 scudi per acquistare il diritto d'affrancare senza prefissione di tempo. V. il Contratto d'enfiteusi §. 454.

Digitized by Google

§. CLXVII.

Le ipoteche imposte dall' enfiteuta continuano a sussistere quando il dominio si consolida nel direttario per effetto della prelazione.

1. L'alienazione che fa l'enfiteuta, illegittima, provoca dal padron diretto l'azione della caducità. La quale seguendo, tutte le ipoteche si risolvono, e si annientano. Legittima, porge occasione al padron diretto di esercitare il suo diritto di prelazione. Questo caso nuovo, eppure tanto comune, deve decidersi nel senso che le ipoteche permangano sul migliorato, e si trasportino sul prezzo. Se l'alienazione avesse effetto, è certo che l'alienatario, il successore del vecchio enfiteuta, dovrebbe ritenere in sè quel carico, e qualora non fosse cauto nel pagare il prezzo, sarebbe esposto alle azioni ipotecarie dei creditori dell'enfiteuta alienante. Il prelatario è uno che viene surrogato ad un altro in virtù di un principio inerente alla sua qualità, o di una convenzione. Il suo acquisto è volontario, come volontaria è l'alienazione. I diritti dei creditori ipotecarî, incolumi nell'un caso, non possono perire nell'altro. In amendue i casi l'alienatario o il prelatario non sono che debitori del prezzo; ma andranno forse esenti dall'azione ipotecaria per il montare del debito iscritto, ove non procedano coi metodi regolari alla purgazione del fondo? Non credo. Parmi dunque dover concludere che *essendo piaciuto al direttario di far uso del suo diritto di prelazione, egli si è posto volontario nella situazione di colui a cui si era già alienato il fondo enfiteutico sub conditione*, nè possa disperdere il prezzo a danno dei creditori ipotecarî dell'enfiteuta, senza esporsi a ricevere i colpi delle loro azioni reali.

2. Però una osservazione è necessaria. La natura dell'alienazione e quella della consolidazione hanno un carattere differenziale che non bisogna trascurare. La prima trasporta le azioni e le passioni del fondo nell'acquisitore; la seconda tende a confonderle; la prima continua lo stato delle cose, quanto ai terzi;

Digitized by Google

ma la seconda lo risolve. Ne segue che il padron diretto prelatario, non volendo ritenere il carico ipotecario, potrà liberarsene pagando il prezzo su cui i creditori apriranno il concorso; premesse, a mio avviso, le pratiche della purgazione.

§. CLXVIII.

Cenni sul sistema livellare del Regno delle due Sicilie.

1. L'enfiteusi, contratto assai noto e frequente nel Regno, era regolato dalle leggi romane. Nel 1771, in quell'epoca di movimento filosofico e legislativo, la istituzione richiamò le cure del Real Governo; e si cominciò dal dichiarare *la quasi-allodialità* dei beni dei luoghi pii dati in enfiteusi ai laici (*a*). Dispacci posteriori ratificarono quella legge. Nei tempi mutati, si aggiunse, che si avessero per enfiteusi i soli affitti decennali dei beni già appartenenti ai luoghi pii stipulati prima della legge del 1771 (*b*). Nel regno di qua del Faro dal 1 Gennaio 1809 al 31 Agosto 1819 tacque il diritto romano, e tutte le enfiteusi create in quel periodo furono influite dall'imperante Codice di Francia (*c*). Nel 1 Settembre 1819 fu attuato il Codice che nel Tit. IX. Parte prima si occupò con ponderata saviezza di questo contratto.

2. L'art. 1690 attribuisce facoltà all'enfiteuta d'imporre ipoteche, non servitù. Sapiente distinzione, poichè come altrove fu per noi osservato, servitù è alterazione di proprietà, laddove la ipoteca suppone la proprietà; la prima induce una mala piega sulla sostanza del direttario; la seconda non percuote che la ragione e il dominio dell'enfiteuta. Seguita l'art. 1690. — *In caso*

(*a*) Legge 17 Agosto 1771. Gatta. Reali dispacci Par. I. Vol. I. Tit. I. N. 19.

(*b*) Bollettino dell'anno 1813. N. 1910.

(*c*) Decreto 22 Ottobre 1808. e Legge 26 Marzo 1819. In altro luogo dovrò discorrere dell'enfiteusi; e allora verranno in acconcio considerazioni di qualche momento sulla degradata condizione di questo istituto nel concetto francese; di che ora mi passo per non isviare dal proposito del presente esame.

Digitized by Google

di devoluzione il fondo ritorna al proprietario libero da ipoteche e da qualunque servitù, benchè indotta senza fatto dell' enfiteuta. Ma l'art. 1703 accorda all' enfiteuta *in ogni caso di devoluzione il diritto di compenso per le migliorazioni di qualunque natura.* In quel sistema adunque la caduta delle ipoteche non equivale alla perdita del diritto ipotecario. E solamente significa che il direttario non è tenuto a sopportarne il carico, ma può liberarsene pagando il prezzo delle migliorìe (*a*). Quanto alla importanza di tali migliorìe, la legge distingue fra devoluzione colposa (caducità) o non colposa (art. 1703. d.) non accordando nel primo caso che il meno tra lo speso e il migliorato (*b*).

§. CLXIX.

Dell' Enfiteusi di Sardegna.

Le Costituzioni del regno avevan posto regola ai dominî feudali, e ritirate dai *possessori di terre e beni enfiteutici* alcune delle consuete penalità, fra cui quella di esser caducati, limitando la pena al doppio dei canoni arretrati (*c*). Quanto all' enfiteusi di futura creazione, la legge ebbe cura di consigliare i contraenti a *convenire espressamente la somma del laudemio che dovrà pagarsi al Signore diretto, nel caso di alienazione enfiteutica, dal nuovo acquisitore;* e ciò non facendo, ordinò, *non potersi il laudemio pretendere*

(*a*) Mosca — *Su le enfiteusi e diverse specie di Censi ecc.* Napoli 1854. p. 176. Nella celebre Collezione dell' Agresti T. 3. p. 99. si riferisce una Decisione della Gran Corte Civile di Napoli che ammise il direttario a depositare il prezzo a favore dei creditori iscritti. Il direttario è in questa facoltà, o di pagare il prezzo del migliorato (e s' intende a stima) o d' investirne la somma dovuta in un' annua rendita reluibile al 5 per 100 colla ipoteca speciale; salva sempre la osservanza dei patti in contrario.

(*b*) De Franchis Dec. 191. Le affrancazioni di diritto hanno luogo in quello Stato a termini delle leggi 3 Aprile 1815. 23 Gennaio e 18 Settembre 1816.

(*c*) Art. 323. Leggi Civili del Regno di Sardegna — Compilazione di Carlo Felice decretata 16 Gennaio 1827.

Digitized by Google

ed esigere oltre quella (somma), *prescritta dalla ragion comune;* nè esser lecito *convenire* il laudemio suddetto in maggior somma dell'otto per cento sul prezzo e valore del *fondo* (*a*). Nelle quali leggi sono tradotti i costumi del paese, come sempre avviene quando le leggi son fatte con maturità e con senno. Quelle disposizioni brevi e recise sull'enfiteusi, mescolate e quasi soffocate in un Titolo destinato al gius baronale e a feudali discipline, e ordinate ad allentare la pressione *dei signori diretti*, mostrano la condizione dei tempi, e, meglio che le economiche, le tendenze politiche dominanti (*b*). Il diritto comune, che allora vigeva nei dominî Sardi, la cui giurisprudenza fu illustrata da tribunali e da scrittori celebratissimi, manteneva la sua forza in tutti gli altri casi non modificati dalle specialità di codeste leggi; sicchè l'applicazione delle dottrine per noi esposte non sembra difficile.

§. CLXX.

Dell' enfiteusi modonesi.

Sono belle e lodevoli novità di quel codice 1.° *che l' enfiteusi a tempo definito non possa mai esser minore di venti anni* 2.° *Il non doversi eccedere il quarto dell' annata del canone* per i laudemî di ricognizione ventinovennale 3.° *la redimibilità del canone pagando al direttario venticinque annualità* 4.° *se il premio della redenzione è pattuito non possa mai eccedere il terzo di quello stabilito nel precedente articolo.* 5.° La proibizione *dell' enfiteusi pazionata ossia di patto e di provvidenza, per la quale sono chiamati i soli figli e discendenti del primo investito, ed esclusi gli eredi ed i terzi* (*c*).

(*a*) Art. 324.

(*b*) E l'obbligo imposto ai Baroni *di concedere in enfiteusi* per un esiguo e determinato canone *i terreni incolti a chiunque li domanderà all'oggetto di piantarvi e coltivarvi olivi* (art. 325.) denota lo stato agricolà, quanto mutato!

(*c*) Art. 1619. 1636. 1637. 1638. 1640. Cod. Civ. per gli Stati Estensi 25 Ottobre 1851.

Digitized by Google

Le disposizioni degli articoli 1626. e 1639. sono conformi a quelle del 1690. e 1703. del Codice delle Due Sicilie esaminate nel §. CLXVIII.

§. CLXXI.

Livelli Toscani.

La riforma livellare di Leopoldo determinò, com'è noto, le varie categorie 1.° *di livelli di mano morta non esente relativamente al passato* 2.° *di mano morta esente da contrarsi in avvenire* 3.° *di mano morta esente già contratta per il passato; e di mano morta esente di futura creazione* (*a*).

Mano morta non esente dicesi quella classe di persone morali, che è soggetta alle leggi d'ammortizzazione, e incapace di qualunque acquisto « Chiese, Persone e Corporazioni ecclesiastiche e religiose; e anche quei corpi e stabilimenti laici, i quali o non sono stati con espressa e speciale dichiarazione sottratti all'impero di quelle, o vi sono stati nominatamente sottoposti dal legislatore. Nella classe dei livelli di *mani morte esenti* o libere dalla censura di dette leggi si comprendono tutti i livelli di Comunità, di Spedali, delle regie amministrazioni, e di quasi tutti i pubblici stabilimenti di beneficenza, che per l'oggetto e lo scopo della loro istituzione erano state dichiarate capaci di qualunque acquisto » (*b*).

Nel modello contrattuale si diedero le norme dei futuri livelli di *mano morta esente;* la legge del 2 Marzo 1769. *sui livelli di mano morta non esente* era esemplare dei livelli da crearsi a favore dello stess'ordine di Persone.

(*a*) Leggi 2 Marzo 1769. §§. 18. 19. Istruzioni 23 Maggio 29 Settembre 1774. 17 Giugno 1776. 2 Giugno 1777. Circolare 23 Marzo 1784. Leggi d'ammortizzazione 30 Giugno 1785.

(*b*) Così Girolamo Poggi nella sua celebre opera del Sistema Livellare Toscano §. 313.

Digitized by Google

2. In sostanza venne proclamata *la quasi allodialità*, ossia l'alienabilità di tali beni; conservando quei vincoli che fanno essere il contratto d'enfiteusi quello che è. Canoni, laudemi ma moderati e uniformi, rinnovazioni, caducità: riforme levate a cielo in quell'êra d'inquieto avanzamento sociale, ma dai papi anticipate di molti secoli.

L'alienabilità supponeva un patrimonio enfiteutico che come formava oggetto di libera disponibilità, era insieme materia ipotecabile (*a*); ond'è brevemente a vedersi la sorte delle Ipoteche che per fatto dell'enfiteuta, sollevato a miglior condizione, vi furono impresse.

3. Non si saprebbe come conciliare la *risoluzione ipotecaria* col concetto dell'alienabilità. Se non fosse che la devoluzione o le caducità possono troncare il corso dell'enfiteusi, e farle ricadere in seno, per così esprimermi, del proprietario il cui tenace abbracciamento sembrerebbe distruggere ogni traccia di divisione di dominî (*b*). Ma non è così. Può la enfiteusi sparire, ma l'aumento di quelle sostanze, formate dal lavoro e dal denaro dell'enfiteuta, *e che non era obbligato a fare* (*c*), *adeo durat*, e rimane inconfuso e distinto. Onde secondo quelle leggi il creditore è in facoltà, o di farsi immettere in possesso del fondo, qualora col pagamento dei frutti possa soddisfarsi, pigliandosi durante la sua occupazione il peso del canone; o procedere alla vendita del migliorato (*d*).

E questa dottrina della durazione delle ipoteche sarà sempre inseparabile dalla *quasi allodialità o alienabilità* dei beni livellari, promulgata da leggi d'ordine pubblico.

(*a*) Fierli. Aggiunte Sez. 4. Pag. 111. Anzi era permesso imporre ipoteca anche sull'enfiteusi inalienabile; salvo il risolversi di essa alla morte dell'ipotecante. Ombros. Vol. 3. Decis. 36. N. 48.

(*b*) Con avvertenza che le mani morte non ammensano.

(*c*) Bella distinzione messa in rilievo dal Poggi. Sist. livell. §. 609.

(*d*) Poggi eod. Non intendo come il Sabatini N. 2475. ricordi questo luogo del Poggi a provare una opinione, ch'egli poi combatte nei NN. successivi, contraria alla durata delle ipoteche rapporto ai beni emancipati dalla L. 2 Marzo 1769.

Digitized by Google

§. CLXXII.

Del sistema enfiteutico vigente nell' Impero Austriaco; e della risolubilità delle Ipoteche.

1. Vera enfiteusi è quella che risponde tenue canone onde scaturiscono questi effetti: 1.° che il padron diretto acquista in morale dignità, sicchè diciamo talvolta essere in lui *il dominio eminente*, poichè nella retribuzione del canone troviamo espresso un atto di riverenza e una confessione incessante di giuridica inferiorità; laddove nell' occasione delle alienazioni, che mutano il soggetto del diritto enfiteutico, si manifesta similmente la potenza del superiore nella ricchezza dei laudemi, e nella importanza delle agnizioni. Il secondo effetto si è di costituire un patrimonio più o meno copioso all' enfiteuta; di maniera che il primo moralmente, il secondo economicamente si vantaggia, conservando fra essi quella distanza che ricorda le origini della istituzione. Sulla quale, veduta sotto questo aspetto, ricade in certo modo un riflesso di quella feudalità al cui fianco è passata, e nella cui atmosfera è vissuta sì lungo tempo. Dare in enfiteusi un fondo per un canone correspettivo ai frutti è un trattare da pari a pari; è un contratto economico portato alla misura ordinaria di una compra-vendita; alla fine una locazione anzichè un' enfiteusi. La legislazione austriaca ha avuto il savio accorgimento di mettere in rilievo questi due concetti nei §§. 1123. e 1124.

2. In generale è mantenuto il principio della legge romana — *si aliquae pactiones in emphyteuticis instrumentis fuerint conscriptae . . . observari* — §. 1128. N. 2. onde io credo che quel codice faccia grazia anche all' enfiteusi dette appunto pazionate, e limitate dai patti e dalle convenzioni. Scolpisce in alcuni predicati una separazione dei diritti — l' uno appellando *proprietà diretta*; l' altro *proprietà utile*; e la rispettiva loro azione colloca sotto il patrocinio di una regola fondamentale — *in generale i diritti del proprietario diretto e dell' utile in ciò convengono che ciascuno può disporre della sua parte in quanto non vengono con ciò lesi i diritti dell' altro* — §. 1127. L' uno e l' altro diritto è materia di

Digitized by Google

pegno e d'ipoteca, anzi di alienazione §. 1128. Scioglie l'impaccio delle prelazioni, delle ambiguità e delle sospensioni che ne derivano: ma coll'usata prudenza impone la notifica del successore, *affinchè il proprietario diretto possa conoscere se sia idoneo per l'amministrazione del fondo e per sostenere i pesi ad esso inerenti* §§. 1140. 1141. che è un bel corollario del §. 1128. La facoltà che si dà al direttario *di sequestrare i frutti ond'essere indennizzato dei canoni*, è conforme al diritto comune, ma piace il trovarvi la disposizione espressa, trascurata dagli altri codici; con che si viene significando che la morosità dei canoni non è punita di caducità. Ma son fermo nel credere che per patto anche la caducità sia ammissibile, come ogni altro genere di devoluzione, esclusa sempre la perdita dei miglioramenti, e ne fa certo documento il §. 1137. *Se la proprietà utile viene unita alla diretta* (non trovando che ciò avvenga in virtù di regole legislative, non può quindi avvenire che per forza di patti) *deve*, il proprietario diretto, *all'utile proprietario o a suoi successori compensare come ad un possessore di buona fede i miglioramenti fatti* (*a*). Ragguagliando l'utilista a un *possessore di buona fede* quanto ai migliorati, la legge ha detto tutto quello che si poteva per favorire la sua posizione. Ma usato avendo, rispetto ai miglioramenti, un laconismo forse troppo severo, conviene rifarsi a quelle disposizioni che si occupano largamente *del possesso di buona fede* e de' suoi diritti §§. 327. e seguenti, traducendo al caso quelle leggi con applicazione prudente.

3. La quistione che nasce non è sul cessare della enfiteusi limitata dai patti, ma sul destino delle ipoteche imposte sulla proprietà utile. Son cose assai diverse, ma a confondersi facilissime: la cessazione o risoluzione dei rapporti enfiteutici, e la cessazione o risoluzione di quelli che esistono fra creditore e debitore formati dal nesso ipotecario. Certamente, cessati i primi, anche i secondi cessano, poichè il creditore non può avere migliori diritti dell'enfiteuta che è l'autor suo; non può il creditore col suo diritto

---

(*a*) Il §. 1149 prevede, che se *il proprietario utile non ha un successore legittimo*, la proprietà utile si consolida alla diretta.

Digitized by Google

secondario mantenere, e serbare in vita quella divisione di dominî che una necessità giuridica riconfonde e cancella; e mancata la base della proprietà, sulla quale il debitore aveva edificata la ipoteca, è naturale che la ipoteca svanisca. Laonde è necessario che la quistione si appunti a ogni modo sui diritti dell'enfiteuta, e si esamini e si vegga quali siano i diritti che a costui rimangono dopo la cessazione della enfiteusi.

A me pare sia nello spirito del Codice Austriaco il non permettere al direttario, per qualunque causa che non derivi dal patto, di appropriarsi l'importare dei miglioramenti, sui quali vengono proporzionalmente a soddisfarsi i creditori ipotecarî (*a*).

4. L'interesse generale del Credito ha insinuata nel §. 468. la prudente riserva — *cessare il pegno col diritto temporaneo di chi l'ha costituito sulla cosa impegnata, purchè questa circostanza fosse nota al creditore o potesse da lui essere conosciuta nei pubblici libri.* Adunque *se tale circostanza non fosse nota, nè si potesse conoscere dai pubblici libri*, il pegno vivrebbe; ma ciò non impedirebbe la consolidazione. Avvegnachè il Codice non dica se il direttario, divenuto proprietario perfetto, ritenga sul fondo la ipoteca, come successor singolare del debitore, o possa liberarsene pagando il prezzo dei migliorati sul qual prezzo le ipoteche si trasporteranno, pure questa seconda opinione sembra dovesse adottarsi, come più consentanea al fatto risolutivo dei rapporti enfiteutici.

5. Io suppongo con questo proposto la cessazione convenzionale dell'enfiteusi; ma suppongo insieme che non ci sia patto che determini la perdita del migliorato (*b*). Fermo sempre in questa credenza che il patto abbia a rispettarsi, come pars pretii, e uno dei corrispettivi del contratto, tanto più sarebbe necessario il porre in sodo la scienza del creditore ipotecario.

(*a*) Il Basevi annuncia varie decisioni tolte dal Giornale di giurisprudenza pratica di Venezia fasc. 7. 8. che tendono a confermare questa conclusione. Nota al §. 468. N. 6. Ugualmente il Carabelli, benchè non conforme in tutto ai principî esposti dal celebre annotatore; e benchè egli non accetti in ogni parte i propositi delle decisioni da lui recate P. I. Capo II. §. XIV. in fin.

(*b*) Così potrebb'essere proibita la facoltà d'ipotecare.

Digitized by Google

6. Niun dubbio che si debba tener provata la scienza in quei luoghi dove *patet* il sistema tavolare colle sue pagine luminose; il difetto della manifestazione in quei libri farebbe sempre ostacolo al direttario che eccepisse la scienza, a cui, con offesa dell'ordine pubblico, egli non aperse la fonte legittima.

Tuttavolta fu savio prevedere che il creditore potrebbe attingere o avere attinta altronde quella notizia. Ritenuta la vigenza del sistema tavolare, io direi non bastasse al direttario opporre la *scienza presunta* che nasce dalle dichiarazioni scritte nel titolo di costituzione enfiteutica o in altri documenti, giacchè il sistema tavolare dovrebbe dispensare da ogni altra ricerca; chè diventerebbe una illusione quando non fosse mezzo unico ed esclusivo a conoscere la storia della proprietà. Ma se il direttario potesse batter sul viso al creditore la *scienza vera* ch'egli ebbe dei vincoli e delle condizioni enfiteutiche, non per deduzioni argomentando, ma togliendola, supponiamo, dai suoi fatti medesimi, io sento nell'animo che il creditore non potrebbe giammai nascondere la sua mala fede sotto il pretesto che non ha trovata veruna dichiarazione nei pubblici libri.

Ma finchè quel sistema di pubblicità si desidera, il creditore avrà sempre il torto quando non si prenda la ordinaria diligenza di esaminare i titoli che descrivono le proprietà del debitore (*a*).

7. I creditori ipotecarî hanno un interesse immediato sulla conservazione della enfiteusi, o almeno delle loro ipoteche iscritte sulla proprietà utile. È l'interesse del commercio, l'interesse della fede pubblica che la legge dee prendere nella sua custodia. Il regolamento pontificio vuole che i creditori siano avvertiti, affinchè possano intervenire, se loro piaccia (*b*): senza ciò il processo caducario sarebbe nullo. Il codice austriaco non mostra una disposizione sì espressa; ma la giurisprudenza ha provveduto che i creditori siano interpellati, o si giudichi in loro concorso ad evitare collusioni e frodi (*c*).

(*a*) Basevi al §. 468. N. 2.

(*b*) Reg. 10. Novembre 1834.

(*c*) Carabelli §. XV. d. in fin. citando anche una regiudicata opportunissima riportata nella Gazzetta dei Tribunali di Milano anno V. 1855. N. 8. V. il nostro §. CLXXXIV.

Digitized by Google

CAPO IV.

DIVISIONE III.

RISOLUZIONE DEL DOMINIO PER EFFETTO DI CAUSE NUOVE O AVVERSATIVE DEL TITOLO

§. CLXXIII. — *Osservazioni d' ordine.*

§. CLXXIV. — *Della revoca della donazione per sopravvenienza di figli.*

§. CLXXV. — *Della revoca della donazione per ingratitudine. E se sia possibile stabilire una Teoria generale regolatrice di questa materia.*

§. CLXXVI. — *Della riduzione delle donazioni eccessive, e conseguente riduzione delle ipoteche.*

§. CLXXVII. — *Se la donazione è simulata sotto specie di vendita, in modo che i terzi non possano dall' estrinseco aspetto dell' atto percepire la simulazione, le alienazioni, e le ipoteche a carico del donatario sono valide.*

§. CLXXVIII. — *Dell' annullamento del contratto per capo di lesione enormissima.*

§. CLXXIX. — *Se rescissa la compra-vendita per lesione enorme, le ipoteche si risolvano.*

§. CLXXX. — *Disposizioni del Codice Austriaco.*

§. CLXXXI. — *Risoluzione delle convenzioni per inadempimento di patti. Difetti del Codice Francese. Miglioramenti dei Codici italiani. Diritto comune; e Austriaco.*

§. CLXXXII. — *Delle ipoteche costituite su fondi ereditarî, allorchè l' erede è stato restituito in intiero contro la propria accettazione.*

Digitized by Google

§. CLXXXIII. — *Che avviene delle ipoteche costituite sopra un immobile che si ha diritto di rivendicare; quando il debitore lascia prescrivere la sua azione, o la rinuncia?*

§. CLXXXIV. — *Se ed in quali casi il creditore ipotecario può fare opposizione alla sentenza che ha pronunciata la decadenza del debitore.*

§. CLXXXV. — *Epilogo del Capo IV. Div. II. e III.*

§. CLXXIII.

Osservazioni d' ordine.

1. Nella trattazione precedente noi abbiam voluto poter mirare, a così esprimerci, il morbo mortale scritto nel libro della vita; antivedervi per quali cagioni dovrà morire colui che nasce: specchio che, svelato all' umanità nella ebbrezza della esistenza, farebbe spavento. Eppure sarebbe documento di prudenti consigli, di magnanimi fatti, di opere degne del fine! Se ogni *Titolo* avesse le sue ore numerate sicchè l' uomo potesse contarle, niun per certo si potrebbe dolere di avervi prestato credenza di più lunga vita: niuno potrebbe chiamarsi ingannato.

2. Ora quella rivelazione può infondere una certezza, o solamente prestatuire una possibilità. Una enfiteusi che deve durare 29 anni, o sino alla terza generazione, o alla condizione di una determinata qualità di successibili, non esprime nello stesso modo e colla stessa sicurezza i termini della sua durata, ma tuttavia fa sapere abbastanza chiaramente ch' essa dee morire di quel male, come suol dirsi; e che sarà travolta a perire per uno di codesti fatti inesorabili della natura, senza che vi concorra l' opera dell' uomo, come causa determinante l' esplosione lètifera. In altri casi la risoluzione non avviene che nel concorso del fatto dell' uomo, che può anche mancare; laonde il creditore che presta sopra tale proprietà la cui risoluzione non è necessaria, ma contingente, si nutre di migliore e più ferma speranza. Io presto sopra una enfiteusi che alla terza generazione si estingue; si può dire che io già conosco il mio destino; io presto sopra una enfiteusi perpetua, ma che non pagandosi i canoni può cadere *in*

Digitized by Google

commissum, ho assai maggiori probabilità a mio vantaggio; contuttociò posso da un momento all'altro trovarmi a terra. E la mia caduta non sarà niente più soave di quella che tocca a colui che preconosceva il termine della enfiteusi; amendue perderemo ugualmente le nostre garanzie ipotecarie affidate a una proprietà risolubile e risoluta (*a*); e se potremo conservarla (*b*) sarà per tutt'altra ragione che per la differenza della nostra posizione giuridica (*c*).

Io prevenni questo discorso, che si attiene propriamente alla presente *Divisione*, trattando delle caducità livellarie, per una certa necessità logica in cui mi sono trovato di non dividere il mio argomento. Ivi però diedi l'esempio di cause *posteriori ed accidentali* determinanti l'applicazione dei principî risolutivi, contenuti nel titolo, come fu annunciato. (C. IV. Div. II.).

§. CLXXIV.

Della revoca della donazione per sopravvenienza di figli.

1. Ma nelle scienze positive è pericolo camminare colle astrazioni; onde non fisseremo a modo di regola — *la retroazione del fatto sopravvenuto; e la risoluzione delle ipoteche*, come nei livelli abbiamo veduto ordinariamente avvenire. Noi osserveremo alcuni avvenimenti più comuni.

2. *La donazione* può risolversi per un fatto casuale o personale; per un evento indipendente dal prevedere umano (almeno immediato), o per fallo e colpa dell'uomo. *Per sopravvenienza di figli; per ingratitudine.*

(*a*) §. CLXIV. e segg.

(*b*) §. CLXV.

(*c*) Io sono di parere che qualora il *Titolo* o per patto o per legge che allora esistesse, escludeva il diritto di caducare per difetto dei pagamenti dei canoni, non possa questa pena applicarsi in forza di una legge nuova per cui tal pena sia veramente applicabile — contro ciò che ne pensa il Merlin nel Trattato dell'*Effetto retroattivo*.

Digitized by Google

3. Nel primo caso stimo indubitato il risolversi e il cadere delle ipoteche iscritte nel mezzo tempo a carico del donatario. Le leggi romane non ci lasciano esitanti « *totum quicquid largitum fuerat,* revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum » dice la celebre legge *si unquam* C. de revoc. donat (*a*). E sarebbe provvidenza vana se i beni dovessero tornare indietro carichi di passività. Il codice francese concorda nell'art. 960., nè altrimenti dispongono i nostri codici italiani. La donazione è revocata *ipso jure* (*b*).

4. Ma il codice austriaco ha tolta di mezzo la disposizione della *L. si unquam*, sentenziando la stabilità della donazione malgrado la sopravvenienza dei figli §. 954. (*c*). Ai figliuoli dell'improvvido donatore non concede che l'umiliante benefizio degli alimenti.

§. CLXXV.

Della revoca della donazione per ingratitudine. E se sia possibile stabilire una Teoria generale regolatrice di questa materia.

1. Stimo cosa ardua, e per quello dirò, non possibile, fondare una Teoria atta a risolvere tutti i problemi della risolubilità ipotecaria sotto il dominio di alcuni principî generali. Ricordo avere altrove indicato (*d*), benchè in diverso tema, la introduzione di alcuni elementi non sospettati dagli scrittori, per cui profondamente si modificano le deduzioni di una analisi che d'altra

---

(*a*) Che parla, com'è noto, della donazione del patrono al liberto, ma estesa da tutta la giurisprudenza a qualsivoglia persona improle a cui sopravvengano figli. Passarella de donation. Lib. III. Qu. III.

(*b*) Codice delle Due Sicilie §. 888. Sardo 1172. Di Modena §. 1907. Di Parma 1920. È presunzione tratta dalle fonti dell'amor naturale, che il donante si riservi tacitamente la facoltà di revocare la donazione, se avrà figli.

(*c*) Consuona all'Austriaco il Codice Toscano §. LXII.

(*d*) Specialmente nel §. CXII.

Digitized by Google

parte è la più esatta, la più regolare. È questa l'indole delle scienze pratiche alle quali non si può sempre prefigger legge, come alla politica che tanto s'informa dalle circostanze e dagli avvenimenti. Vi hanno senza dubbio delle regole cardinali e immutabili; tale si è, non potersi concepire risoluzione di dominio e di vincoli ipotecarî senza una *causa necessaria e preesistente* (*a*). Quindi una causa puramente volontaria, nata in tempo posteriore, una causa che avesse un carattere così deciso, non avrebbe mai virtù retroattiva a danno degli alienatarî, e di coloro che nel mezzo tempo acquistato avessero dal possessore legittimo dei diritti reali. Ma non tutte le altre cause, la cui *necessità e preesistenza* possono essere dimostrabili, sono fornite di ugual chiarezza; talvolta implicano quistioni; diversano fra loro per la qualità variabile dei fatti; e nelle applicazioni discordano secondo il punto di vista dei legislatori. E perchè questo? Perchè elementi di varia natura, non tutti tolti dagli ordini generali della logica, gettansi in mezzo al discorso del legislatore; il quale, secondo la regola che il giuspubblicista si è fissata in mente, dovrebbe concludere una cosa e ne conclude un'altra; perchè egli crede che questa sia più confacente ai bisogni del suo popolo; più coerente ad altre regole che dominano nel suo sistema; più proporzionata a quelle idee d'ordine e di bene generale che sono formulate nel suo pensiero.

Il mio dire si farà chiaro dagli esempî. Ci hanno legislazioni che annullano le ipoteche e privano l'enfiteuta di ogni diritto sul migliorato, quando è colpìto dalla caducità. Altre, sciogliendo l'enfiteusi, mantengono i diritti reali sul valore di esso migliorato o sul prezzo; altre ancora, come certi statuti del medio evo, non consentono che il difetto dei canoni importi caducità e privazione; e in quella vece condannano al doppio. In breve vedremo le stesse discordanze nei nostri codici italiani in materia di donazione. Come mai tutte queste diverse od opposte conclusioni sarebbero governate da un solo principio? Io dico che, nel silenzio della legge, è regolare partire da un principio accettato, analizzarlo, e per gradazione logica afferrare una conseguenza che

---

(*a*) §. CLI.

Digitized by Google

diventerà una massima giuridica, forse una disposizione che terrà luogo di quella che il legislatore non ha pronunciata. Dico adunque esser nell' ufficio del giurista sostenere e dimostrare la rettitudine del pensiero legislativo coll' armonico accordo di altre regole e dei principî generali; non già porre le proprie idee come regola e guida onde o tutto spiegare, o peggio, dominare la legislazione, che è un fatto positivo e non un' astrazione.

2. Com' è noto, possono per ingratitudine del donatario revocarsi le donazioni; ma già fu legge degli antichi, doversi rispettare le alienazioni, e quindi anche i pegni e le ipoteche, stabilite nella buona fede dei terzi, *ante inchoatum caeptumque jurgium* (*a*). Le nostre legislazioni, sull' esempio della francese (*b*) tengono la stessa massima (*c*).

3. Studiando un criterio generale, gli scrittori, quelli specialmente che ammettono la risoluzione delle ipoteche, rescissa la vendita per capo di lesione enorme, vanno cercando i lati differenziali di codeste posizioni giuridiche. Loyseau (*d*), Troplong (*e*) hanno per causa *volontaria* la ingratitudine; *posteriore*, non impressa e quindi non influente sul titolo. La confutazione che fa il Chiesi a questa opinione di Troplong è della maggiore evidenza (*f*). La *ingratitudine* è volontaria, com' è volontario il non pagamento dei canoni, e l' inadempimento ai patti, che pure sogliono avere per conseguenza la risoluzione delle ipoteche. Il

---

(*a*) L. 7. C. de revocat. donat.

(*b*) Art. 958. « La revoca a titolo d' ingratitudine non pregiudicherà nè alle alienazioni fatte dal donatario, nè alle ipoteche e altri pesi reali ch' egli abbia potuto imporre sugli stessi effetti donati, purchè tutto ciò sia anteriore alla iscrizione che fosse stata fatta della copia della domanda di revoca, in margine alla trascrizione ordinata nell' art. 939 ».

(*c*) Due Sicilie art. 883. Sardegna 1167. Toscana §. LXII. Modena art. 1905. Parma 1918.

(*d*) . . . . . Lib. 6. Cap. 3. N. 10.

(*e*) N. 466. Conclusione adottata anche dal Pastore. Com. all' art. 2186 Sardo.

(*f*) N. 687.

Digitized by Google

Carabelli concepisce un criterio superiore quando ci chiama alla idea *della realità;* e sostiene che per esercitare il regresso efficace contro i terzi, è mestieri aver mantenuto sulla cosa un diritto reale (*a*). Nulla di più vero: contuttociò non arriviamo a risolvere le quistioni. Havvi certamente una specie di dominio radicato in colui che può rovesciare gli ostacoli e riprendere liberamente la cosa altrui ceduta; ma quando è che tale *realità* appartiene all'agente, e quando n'è privo? Eccoci ancora alla quistione primitiva. La scienza può dommatizzare, e risolvere anche le specie che si presentano con tanta varietà al fuoco dell'analisi; ma il legislatore ha i suoi criterî che non sono sempre quelli della scienza. I suoi motivi sono più comunemente di una ragione pratica: variabile, come ho detto di sopra, giusta le particolari nozioni di verità e d'ordine che sono impresse nella mente sua. Io credo che noi non dobbiamo dimenticare di essere non già fabbricatori di leggi, ma illustratori ed interpreti.

4. È probabile che il legislatore sia stato mosso dalla speciale natura di questo motivo, troppo remoto dal suo principio; troppo difficile a provarsi; di una previdenza troppo lontana. Un atto di generosa liberalità fa credere alla riconoscenza; noi in vederlo pensiamo tanto alla ingratitudine, quanto vedendo un servo accarezzato dal padrone, prevediamo ch'egli ne sarà l'omicida. È ragionevole che il terzo abbia, per così dire, alle mani i suoi calcoli per misurare in certo modo il futuro: non è difficile a colui che presta sopra un livello l'antivedere che il livellario potrà rendersi moroso nel pagamento dei canoni, ed esser colpito di caducità. Presumere un delitto; lasciare il prestatore in una inquietudine continua sui portamenti morali e sulle future diserzioni del donatario, dove specialmente le cause revocatorie non sono bene determinate, è un voler troppo, e troppo si rivolta contro le abitudini del commercio e le oneste pretensioni del Credito. D'altra parte noi veggiamo i rapporti di donante e donatario essere sì strettamente personali, che proprio può dirsi col

---

(*a*) P. I. C. II. §. XIV. N. 14.

Digitized by Google

Carabelli, che qui non si concepisce in verun modo la realtà. La legge, vestendosi della giusta indignazione di un benefattore ingannato nelle sue più care affezioni, ritoglie sdegnosa a quel traditore il dono; *nè con ciò intende reintegrare il donatore*, chè sarebbe calcolo d'interesse, *ma punire esemplarmente l'ingrato:* che è atto di giustizia, e bell'esempio di pubblica moralità (*a*). Devesi inoltre osservare, che il donatario ebbe una disponibilità incontrastabile, non dirò sino al momento in cui si mantenne in fede e fece il galantuomo, ma piuttosto sino al momento in cui il donante spiegò la sua azione di revoca: azione che alcuni dei nostri codici saviamente aboliscono dopo l'anno. Solo da questo punto, e quando il giudizio di rivocazione sia noto, comincia la mala fede dei terzi.

5. Nel precedente §. N. 5. si avvertì che la Legge Austriaca, ponendo sopra ogni altra cosa l'interesse del Credito, mantiene la donazione, malgrado l'inopinato apparir dei figli. Non è quindi maraviglia se anche in quella giurisprudenza la revoca della donazione per titolo d'ingratitudine non porti mutazione a ciò che fu disposto a favore dei terzi; l'azione del donante esercitandosi solamente — *in quanto rimanga qualche cosa in natura o in valore di ciò che fu donato* §. 949.

§. CLXXVI.

Della riduzione delle donazioni eccessive, e conseguente riduzione delle ipoteche.

1. Riducendosi la donazione *immensa* (*b*) a termini di ragione (*c*), è di spontanea conseguenza che le ipoteche assentite dal donatario

---

(*a*) Giustamente il Chiesi §. 687.

(*b*) Come la chiama Giustiniano nella Novella 92. — *Profunda liberalitate* — leggesi nella L. 7. C. de revoc. donat.

(*c*) Cioè alla quarta — L. 2. 5. 7. eod. Il Fabri la vuole annullata in tutto Lib. 3. Conject. Cap. 17., ma è uno de' suoi paradossi meno felici. Palese è la differenza fra questa revoca e la querela dell'inofficioso propriamente detta, la quale annulla in tutto il testamento. Si

Digitized by Google

sulla totalità dei beni, si sciolgono e si annullano ipso jure per quanto riguarda quei beni che, rivendicati dalle mani dell'illegittimo donatario, si assegnano a coloro che vi hanno diritto.

La porzione indisponibile non è altro che la legittima, la cui misura varia secondo il numero dei figli. Il padre che non può privarli della legittima con atto d'ultima volontà, non può farlo neppure con atto fra vivi.

2. Il codice francese restringe la liberalità, sia per atto fra' vivi o per testamento « *alla metà dei beni* del disponente quando questi morendo non lasci che un figlio legittimo; *il terzo* se lascia due figli; *il quarto* se ne lascia tre o numero maggiore » art. 913. Il Codice delle Due Sicilie estende la facoltà *alla metà dei beni, qualunque sia il numero dei figli* art. 829. e quello di Modena art. 831. Anche il Codice di Sardegna ha le sue norme particolari ». Le liberalità per testamento non potranno eccedere *i due terzi* dei beni del disponente, quando questi morendo lascia uno o due figli legittimi o legittimati; e *la metà* quando ne lascia un numero maggiore » art. 719. Nell'art. 1155 si applica quella disposizione agli atti di liberalità fra' vivi. *Il Codice di Parma* ordina ». Le liberalità per testamento non potranno oltrepassare *due terzi* dei beni del disponente, quando questi morendo lascia un figlio legittimo e naturale, o legittimato; *la metà* se ne lascia due o tre; *un terzo* quando ne lasci un numero maggiore ». La riduzione della donazione è regolata nelle stesse proporzioni art. 1950.

3. La *riduzione*, si domanda da coloro « a vantaggio dei quali la legge ha stabilita la riserva, da loro eredi, e da quelli che da essi hanno causa » e solo nel tempo in cui si apre la successione del donante. Base della operazione è l'accumulare idealmente *i beni esistenti* alla morte del donante *o del testatore formandone una massa*, a cui si uniscono quelli che furono donati, *secondo*

---

assomigliano in quanto 1.° la revoca dev'essere domandata nel medesimo tempo 2.° convengono le cause d'indegnità 3.° è suppletoria, non competendo, che in mancanza di ogni altro rimedio. L. 4. 9. C. de inofficios. testam. Cod. de inoff. donat. ibi Pothier.

Digitized by Google

il loro stato all' epoca delle donazioni e il loro valore al tempo della morte del donante. Si calcola sopra tutti questi beni, dedotti i debiti, qual sia la porzione di cui egli ha potuto disporre, avuto riguardo alla qualità degli eredi che lascia. Così l' art. 839. del Codice delle Due Sicilie.

Tanto però questo Codice art. 840., quanto quello di Sardegna art. 1157. che il Parmense art. 1951. e il Modonese art. 1735. hanno posta questa massima « non vi sarà mai luogo alla riduzione della donazione fra vivi, *se non dopo aver esaurito il valore di tutti i beni compresi nella disposizione testamentaria;* e qualora vi sarà luogo a questa riduzione, essa si farà cominciando dall' ultima donazione, e così successivamente risalendo dalle ultime alle più antiche ».

Si è creduto che questa disposizione abbia reso inutile l' esame *della massa* che il codice delle due Sicilie preordinava nell' art. 839., giacchè i tre ultimi codici l' hanno espunta dalla loro redazione. Io sono fautore di questa legge siciliana. Senza conoscere il valore dell' intero patrimonio non potremo sapere quello delle parti. E quello dei beni compresi *nelle disposizioni testamentarie*, e quello *delle ultime donazioni*, sarà sempre *un valore relativo.*

4. Il *Codice Austriaco* preserva la legittima ai discendenti del donante che vivono al tempo della donazione, e decreta — *che non può in loro pregiudizio fare una donazione che ecceda la metà della sua sostanza. Se ha sorpassata questa misura, o se i discendenti, dopo la di lui morte, possano provare che la di lui eredità netta è minore della metà della sostanza che aveva al tempo della donazione, possono ripetere in proporzione dal donatario la parte da lui ricevuta contro la disposizione di legge.* §. 951. Così e la sostanza disposta per donazione, e quella che esiste nel patrimonio quando muore, testato o intestato, il proprietario, sono cumulate, e nel loro complesso rappresentano l' asse ereditario a favore dei discendenti (*a*). Si finge che la donazione, ancorchè fra' vivi, e

(*a*) Giacchè gli ascendenti, quantunque abbiano diritto alla legittima, non sono considerati col favore di questa disposizione. — Basevi al detto §. 951.

Digitized by Google

di natura irrevocabile, non sia altra cosa che un atto d'ultima volontà, misurandosi alla stessa stregua nell'interesse dei discendenti successibili. Ne segue che il donante, che ha ancora la metà del suo patrimonio, non può più disporre di cosa alcuna a causa di morte (onde altri non dica che può disporre della metà che gli rimane, chè sarebbe contrario alla disposizione di legge, come bene osserva colla consueta precisione il Basevi).

5. Il Codice delle Due Sicilie nell'art. 846. (di Sardegna 1159. Modena 1938. Parma 1956.) ha detto con parole chiare « gl'immobili da ricuperarsi in conseguenza della riduzione saranno liberi da ogni debito e ipoteca contratta dal donatore ». Il Codice Austriaco invece al §. 952. *Se il donatario non possiede più la cosa donata o il suo valore, è soltanto tenuto in quanto abbia cessato in mala fede di possederla.* Non si accorda dunque che l'azione personale. Nuovo e grave argomento del forte interesse che quella legislazione assume a favorire la libera circolazione dei beni e la fede dei commercî. Lo stesso donatario è difeso *dalla buona fede:* nozione che in questo caso sarà di assai disagevol còmpito. A stabilire il contrario basterà la scienza che il donatario avesse avuta della *esistenza dei discendenti,* e quindi della inabilità del donante, o almeno del pericolo a cui andava incontro? E così pare: tuttavia determinare il fatto della scienza non sarà lieve cosa.

§. CLXXVII.

Se la donazione è simulata sotto specie di vendita, in modo che i terzi non possano dall'estrinseco aspetto dell'atto percepire la simulazione, le alienazioni e le ipoteche a carico del donatario sono valide.

Troplong *N.* 468. *bis* propone il caso di una donazione celata sotto nome di vendita, e domanda se, avendo gli eredi legittimarî dimostrata la simulazione e fatta ridurre la donazione, *gl'immobili da ricuperarsi siano liberi da ogni ipoteca costituita dal donatario.* Egli cita un giudicato della Corte di Cassazione che decise il contrario *per la ragione che i terzi avevano dovuto considerare Sempronio* (donatario) come un *vero compratore.* E sostiene

Digitized by Google

che la Cassazione giudicò *contro i veri principî*. A me pare, che si facesse buona giustizia al diritto dei terzi. Io domando se il proprietario potesse impunemente alienare fra vivi, in contratto oneroso e correspettivo, pregiudicando i suoi futuri eredi, che alla fine non avevano alcun diritto verificato? Nessun dubbio. Adunque i terzi, vedendo un contratto fornito degli estrinseci caratteri dell'alienazione, sono protetti nei loro acquisti dalla legge che permette ad ogni proprietario il disporre liberamente delle cose sue. La simulazione è di natura sua sotterranea e coperta; e quali garanzìe darete al Credito pubblico se lo sgomentate con queste armi insidiose che ogni contratto della miglior apparenza potrebbe celare? Simulato è quel contratto che tale si dimostra dalle dichiarazioni dei contraenti che in una carta separata avessero confessata la finzione. Volete che i terzi si facciano carico di questa carta separata che si nasconde, e non esce che in quel giorno in cui si deve consumare il tradimento a danno degli acquirenti? Troplong ha un bell'invocare la forza degli articoli 929. e 2125. Lasciando stare quest'ultimo, male implorato, perchè troppo generale, se il 929. vuol *liberati gl' immobili da ogni ipoteca in conseguenza della riduzione*, è da avvertire che la legge parla semplicemente *delle donazioni*, ossia di quei contratti che sotto questo nome si annunciano, o ne hanno la esterior forma; e ammettano direttamente l'applicazione della querela. Ma se mi date un contratto simulato, bisogna cominciare dall'annullarlo, spogliarlo della sua esterna sembianza, scoprirne il guasto midollo. Udite argomento del celebre commentatore! Se si ammette, egli dice, che le ipoteche sussistano, si dovrà anche ammettere la validità delle alienazioni. *La Corte di Cassazione avrebbe dunque respinti i figli in virtù di questi principî!* Questo patetico epifonema non iscioglie la difficoltà. Certamente ciò che delle ipoteche si afferma, affermasi eziandio delle alienazioni; nè i figli si trovano molto meglio con fondi coperti d'ipoteche che consunti dalle alienazioni. Quello che al Troplong sembra un assurdo non è che una ragione identica, e una conseguenza ugualmente legittima.

Digitized by Google

§. CLXXVIII.

Se la vendita si annulla per lesione enormissima; i pegni e le ipoteche si risolvono.

1. Gli antichi comprendevano ogni lesione nella misura della leg. 2. C. de resc. vendit., perciocchè determinando il punto in cui cominciava la lesione, non lasciavano vedere il termine a cui poteva trascorrere. I moderni hanno riassunta quella idea, applicandola specialmente alla compra-vendita giusta la sua storica origine. Della lesione enormissima non han fatto caso: anche appresso di noi essa non è che una dottrina, onde si oscillò lungo tempo prima di concordarne i caratteri numerali (*a*), come si ondeggia ancora e si disputa sui mezzi di calcolo. Il contratto infetto di lesione enormissima (ultra bessem) non ha mai avuto principio di vita; non ha mai prodotto, in un momento qualunque, effetto giuridico (*b*): è manifesto che nè ipoteca, nè altro gravame imposto dal compratore, ha potuto germinare su quel terreno.

2. Ma anche il compratore può querelarsi di lesione enormissima (*c*). Quale sarà la sorte delle ipoteche da costui imposte sul fondo che per annullamento del contratto si restituisce? Io opino che queste ipoteche continuino a sussistere. Allorchè il contratto si annulla per istanza del venditore, il compratore è vinto dalla necessità; ma se la istanza è del compratore, egli opera volontariamente; nè si può concedere alla volontà del debitore tanta

---

(*a*) Alcuni li ponevano nella totalità delle perdite, in un furto magno di tutta la sostanza caduta in contratto. Barbosa in L. 2. Cod. de rescind. vendit. Seraphin. de privil. jur. Pr. 83. N. 90. Gabriel. Comm. concl. Lib. 2. de arbitr. concl. 3. Faber in Cod. Lib. 5. T. 6. Defin. 7. E altri al contrario dicevano bastare il disavanzo del VI. Altimar. de nullit. contr. Rubr. 1. Qu. 11. N. 192. T. 3.

(*b*) Zanchio de laesione Part. I. Cap. III. N. 107.

(*c*) Zanchio Part. 1. Cap. 2. N. 36. et c. 4. N. 6. P. 2. c. 2. N. 9.

Digitized by Google

potenza da distruggere gl' impegni da lui stesso contratti (*a*). Vero è che non potendosi conciliare l' annullamento del contratto e la coesistenza delle ipoteche costituite da alcuno dei contraenti, è forza che queste si risolvano; nè il venditore può essere costretto a ripigliare il fondo che il compratore rifiuta, coi segni ancora impressi di un dominio abbandonato. E io opino che il venditore potesse, col prezzo che deve restituire, estinguere il debito ipotecario del compratore; e così liberare il fondo dalle costui ipoteche.

Maggiore difficoltà potrebbe incontrarsi qualora il debito ipotecario superasse il valore stesso del fondo. E questo, come io credo, sarebbe ostacolo all' esito della querela di lesione, non potendo il compratore restituire il fondo libero da ipoteche come l' ha ricevuto. Ma il querelante dovrebbe innanzi tor via l' ostacolo, purgando il fondo dal debito.

§. CLXXIX.

Se rescissa la compra-vendita per lesione enorme, le ipoteche si risolvano.

1. *Sistema Pontificio.*

Ragionando colle regole del diritto comune, il gran cumulo dei nostri giuristi era nella opinione affermativa (*b*). Bartolo, capo del sistema opposto, guidava una schiera meno numerosa, e questi oppositori partivano dal principio che l' elemento della

---

(*a*) Pinellus in L. 2. C. de resc. vend. P. 2. Cap. 3. N. 32. Merlin. de pign. et hyp. Lib. 4. Tit. 5. qu. 199. N. 12. Zanchio de laes. Part. 3. Cap. VI. N. 97.

(*b*) Baldo in L. 2. C. de resc. vendit. Mantica de tac. et amb. Lib. 11. Tit. 31. N. 68. Tiraquello de retract. conv. §. 3. Gloss. N. 12. Pinell. in L. 2. P. 2. C. 3. N. 11. Cod. de resc. vendit. Pacific. de Salv. interdict. Insp. 5. c. un. Salgad. de labyr. cred. P. 2. c. 9. N. 81. Merlin. de pign. quaest. 202. Zanchio de laesione P. III. C. VI. N. 95. Voet ad Tit. quib. mod. pign. vel hyp. solv. N. 9. Pothier. Vendita N. 372.

Digitized by Google

volontarietà era troppo pronunciato perchè dovesse accettarsi la teoria della risoluzione. Stabilivano il loro argomento in questo, che il compratore ha l'arbitrio di sostenere il contratto, integrando il prezzo. È dunque lo stesso compratore che vuole la rescissione (*a*). Gli avversarî rispondevano, che l'atto è pur sempre necessario, perchè il rimedio della rescissione si ripete da una legge che impone l'equilibrio delle ingiuste contrattazioni; e non già dalla spontaneità del compratore. Veramente ciò che noi facciamo affine di evitare un mal maggiore che ci viene minacciato, si opera sotto l'impulso della necessità; giacchè se abbiamo la scelta del mezzo onde patire un danno minore, non abbiamo quello di liberarcene. Il Carabelli (*b*) osservò come Vinnio dicesse una ragione eccellente in difesa dell'altra parte, uscendo dai termini in cui la scuola era avvezza a disputare, sempre palleggiando fra *la necessità e la volontà*, e non sapendo vedere la quistione sott'altro aspetto. Vinnio adunque diceva, che il compratore, come colui che avea posseduto il pieno dominio, aveva avuto di conseguenza la libera facoltà di dare in ipoteca; sicchè non era altro che una patente ingiustizia il percuotere il creditore ipotecario che avea avuta fede in quella posizione giuridica (*c*). Su questo terreno l'esercito di Baldo doveva essere battuto. Negare che il dominio fosse trasferito senza condizione per la ragione sempre sottintesa nelle compre-vendite che il prezzo debba esser giusto, non era che un sofisma (*d*). È tale la natura della *rescissione*, che ammette la originaria validità del contratto (a differenza della vendita *ipso jure* annullata dal vizio di lesione enormissima). Onde con savio proposito il Carabelli ci richiama alla L. 10. D. de rescind. vendit. colla quale invincibilmente

---

(*a*) Bartol. in L. 3. N. 2. D. quibus mod. pign. vel hypot. solv. Fulgos. in d. L. 3. Boer. Dec. 181. N. 10. Cagnol. in L. 2. C. de resc. vendit. De Solis de censib. Lib. 2. Cap. 4. N. 14. in fin. Corasio ad L. 3. de servitut. etc.

(*b*) Part. I. Cap. II. §. XIV. N. 14.

(*c*) Vinnio Scelect. quest. Lib. 2. Cap. 5.

(*d*) Voet l. d.

Digitized by Google

dimostra il difetto di ogni gius reale nel venditore, essendogli per quella legge inibito di agire contro i terzi nei quali il compratore avesse trasferito il fondo; e fra alienazione e ipoteca l'argomento corre perfettamente identico.

La legge moderna ha troncato la quistione « L'azione rescissoria (in via di limitazione alla regola generale posta nel §. 110.) o di nullità per causa di lesione non fa risolvere e non rende nulla la ipoteca, a meno che il creditore prima di acquistarla, non fosse posto in mala fede con atto giudiziale » (*a*).

2. *La legge di Toscana* ha la stessa disposizione art. LXII. All'incontro i *Codici di Napoli, Sardegna, Modena, e Parma*, modellati alla francese, lasciano in tutta la sua scioltezza il principio — *resoluto jure dantis resolvitur et jus accipientis* — Vedi altra prova che la giurisprudenza non si governa colle astrazioni; che ogni legislatore ha il suo modo di vedere; che noi possiamo spiegare i fatti colle ragioni; ma più forti delle ragioni essere i fatti legislativi che la nostra metafisica non cangia; onde ciò che a Roma e Firenze spiacque, ebbe plauso in Francia e fu osservato dai codici imitativi che abbiam nominati. Sono concordi quei commentatori nella massima — che secondo quelle legislazioni, *le ipoteche si risolvono quando per vizio di lesione cade il contratto* (*b*). Per quanto i nutriti nei principî del diritto romano, siano mal disposti ad accoglierla, difficil cosa è resistere a sì imponente accordo degli autori; e davvero lo spirito del codice mi par quello. L'art. 2125. del Codice francese, e i trascritti da noi nell'esordio di questo Capo IV. parlano *di rescissione*: e la compravendita per lesione si *rescinde*. Non si saprebbe adunque come

---

(*a*) Benchè l'articolo parli di *nullità* ritengo che sia modo dichiarativo, forse non esattissimo, e da togliersi in una nuova redazione. Ritengo che si accenni in ogni caso alla lesione enorme, non all'enormissima. La quale ai meno veggenti dee presentarsi coll'aspetto d'uno spoglio: tale è la lordura e lo schifo che dovrebbe uscirne secondo le idee che abbiamo della lesione enormissima.

(*b*) Pothier — Vendita N. 372. Introduz. al Tit. 20. Stato d'Orleans N. 57. Grenier N. 155. Troplong N. 466. Zacharia. Duranton N. 279. Chiesi N. 689.

Digitized by Google

trasportare questo caso fuori della regola generale. È forse per ciò che il legislatore di Roma, riflettendo che la prima parte dell'art. 110. tolta dal francese, ci avrebbe condotti in sì grave conseguenza, si affrettò di scrivervi accanto la eccezione, escludendo nominatamente l'annullamento del contratto per titolo di lesione (enorme). Ma è da considerarsi che il codice francese, e così quelli di Napoli, Sardegna, Modena, e Parma stabiliscono un *vero gius reale* a favore del venditore, accordando l'azione contro i terzi, negata dal diritto romano (*a*). Ecco dunque salvato il principio razionale onde abbiam posto che dove non è gius reale nel venditore, non è facoltà di annullare le obbligazioni reali costituite dall'acquisitore costretto a rilasciare il fondo (d. N. 1.). E che quei codici attribuiscano al venditore leso di perseguitare la cosa venduta anche in mano ai terzi, è fatto evidente da quella disposizione (art. 1681. del codice francese) che attribuisce facoltà al terzo possessore di redimersi dall'azione rescissoria *pagando il supplimento al giusto prezzo, colla deduzione di un decimo del prezzo totale* (*b*). Gran difetto, come io penso, di quel codice! Illaudabile imitazione dei nostri: dura importabil condizione di un creditore ipotecario, che deve occuparsi di sì remote investigazioni, o non esser mai tranquillo dell'acquisto! Come potrà egli sapere se il prezzo del fondo che il suo debitore comprò, e sul quale egli iscrive ipoteca, agguaglia almeno i *sette duodecimi* del prezzo giusto! Di quali elementi potrà valersi; come gli avrà alla mano; e intanto quali garanzie al commercio così impaziente d'ostacoli?

§. CLXXX.

Disposizioni del Codice Austriaco.

Che nei contratti correspettivi — « una delle parti che non ha ricevuto nemmeno la metà di ciò che diede all'altra secondo il valore ordinario » *abbia diritto a domandare la rescissione del contratto,*

(*a*) Vi sopra N. 1.

(*b*) Lo stesso diritto dice il Grenier N. 155. doversi accordare al creditore ipotecario; e parmi opinione assai giusta.

Digitized by Google

e che le cose siano restituite al pristino stato, è chiaro disposto del §. 934. Che il contratto sia annullato *ipso jure* non si legge in nessun luogo. La preclara sapienza di quel codice, il rispetto rigoroso che suol professare verso i terzi; il diritto che abbiamo di riempiere le vacuità dei codici moderni colle tradizioni del gius romano; la potenza della ragione, supplimento perpetuo ai silenzî legislativi, ci fanno inchinevoli a questa sentenza — *che l'azione di rescissione sia personale* (*a*).

§. CLXXXI.

Risoluzione delle convenzioni per inadempimento di patti. Difetti del Codice francese. Miglioramenti dei Codici italiani. Diritto comune; e Austriaco.

1. Noi procediamo in questo capitolo per via di esempî; nè crediamo per tutto ciò di esaurire il casismo che si riproduce sotto forme varie e imprevedibili. Questo proposto è di quelli che più sfuggono alle regole per la sua fecondità che non ha limite. La legge francese anche qui si avvolse nel vago e nell'indefinito. *La condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti sinallagmatici nel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione.* Art. 1184 (*b*). Come sfuggire alla vasta insidia di questo articolo! Tante le vie di risoluzione quanti sono i patti; per quante guise un patto può essere violato, per tante il contratto perisce; le ommissioni alla rinfusa e senza distinguere; siano i patti sostanziali o accidentali; riguardanti il consenso o la esecuzione; integranti il contratto, o divisibili da quello, formando disposizioni

---

(*a*) Così il Carabelli P. I. C. II. §. XIV. al quale mi unisco contro il Basevi, se pure è questa la opinione del dotto commentatore che ne parla di sfuggita al §. 468. N. 3. In una nota lo stesso Carabelli cita il Manuale della compra-vendita del Beretta che ricorda una decisione dell'appello di Venezia 31 Luglio 1835 conferma in terza istanza che giudicò in questo senso.

(*b*) Due Sicilie art. 1137. Sardegna 1275. Modena 1235. 1236. 1237.

Digitized by Google

particolari, e da potersi giudicare senz' alterare l' economia generale della convenzione, il codice francese non se ne cura; a tutte queste relazioni di diritto attribuisce la medesima importanza; e in vece di adottare la ragionevole presunzione che le parti vogliano una esecuzione consequenziale, fa una regola della presunzione contraria; cioè della rovina e distruzione di tutto l' accordo! La quale prodigalità di *risoluzioni* si manifesta in altri luoghi del codice; e dolorosa è quella che si legge in subbietto di compravendita ». Se il compratore non paga il prezzo *il venditore può domandare che la vendita venga disciolta*. Art. 1634. Così, se il compratore si trova in pericolo di evizione, in luogo di ricorrere a deposito di prezzo od altre cautele, si risolve il contratto ed annulla art. 1635. — Chirurgo inesorabile che taglia braccia e gambe, impaziente di lunga cura, e di più umani rimedî! C' è da scommettere che il legislatore francese, dettando quelle disposizioni, non ebbe innanzi agli occhi i bisogni del sistema ipotecario, che veniva così scuotendo dai profondi suoi cardini; perciocchè chi è mai sicuro nelle sue ipoteche se in tanti modi può sfuggire il fondo ipotecato di mano al debitore, e riattaccarsi al padrone antico?

2. Alcuni dei nostri codici che hanno fatto l' onore all' art. 1184. del codice francese di ricopiarlo, hanno mitigata quella funesta proclività di risolvere le convenzioni, in quella parte almeno che concerne il più importante dei contratti: la compra-vendita (*a*). Il *Codice Sardo* esclude assolutamente il diritto di chiedere la risoluzione della vendita per non pagamento del prezzo. Anzi ogni convenzione contraria ha per non apposta. Art. 1661. Il *Codice di Modena* è nella stessa sentenza; se non che dà vigore al patto: e sembra disposizione migliore; ma saviamente prescrive un limite di cinque anni all' esercizio del diritto, decorribili *dalla trascrizione del rogito o scrittura del contratto*. Art. 1556. Amendue questi codici negano la risoluzione per il pericolo della evizione. Il Codice di Parma ha fatto ancor meglio. Non riconosce condizione risolutiva che *non sia espressamente pattuita*. Art. 1159.

(*a*) Il Codice delle Due Sicilie segue onninamente il francese.

Digitized by Google

3. È difficile determinare secondo il *diritto comune* il caso della risoluzione del contratto. Non pattuita teoricamente, il contratto torna in nulla quando il patto è di natura che senza esso non si sarebbe fatto il contratto, e quando la risoluzione o l'inadempimento mandano in dileguo *la causa finale*. Patti che chiamano ancora *sostanziali* perchè riguardano *l'essere* di quel contratto (*a*).

4. Per quanto le risoluzioni siano odiose agl'ipotecarî, che vi rovinan sotto, vi hanno delle obbligazioni che, inadempite, non possono produrre diverso effetto. Il *Codice Austriaco* non si contenta di condizioni tacite; le domanda espresse, e con forma di condizioni. §. 901. Considerando come condizione risolutiva l'adempimento *dell'incarico* imposto in un atto d'ultima volontà. §. 709., la mente del testatore fu bene interpretata; e chi alla sacra volontà non adempie nella parte onerosa, giusto è bene che perda gli emolumenti.

§. CLXXXII.

Delle ipoteche costituite sui fondi ereditarî, allorchè l'erede è stato restituito in intiero contro la propria accettazione.

Se il minore validamente alienò, o costituì ipoteca sui beni ereditarî, la restituzione in intiero non dissolve questi fatti legittimi in danno dei terzi.

È principio posto in sicuro dalle LL. 22. e 35. D. de minorib. (*b*).

(*a*) Pothier. — Vendita N. 491. Rot. Rom. exfractationis Ven. 22 Jun. 1821. Cor. de Cursis.

(*b*) Add. L. 44. D. de re judic. Oddus de restit. in int. Par. II. Qu. 62. art. 11. Il minore restituito farebbe indebito guadagno sopra coloro che regolarmente con lui contrattarono: il che riprovano giustamente le leggi 13. in fin. D. de reb. eor. qui sub. tut. L. 14. D. de condit. indeb., L. 23. §. ult. D. quib. mod. ex caus. maj. L. 24. §. pen. D. de minor. 25. ann.

Digitized by Google

Contro l'alienazione o la costituzione del pegno può il minore essere restituito, se è stato leso (*a*); onde, ottenuta la restituzione in intiero, contro l'adìta eredità, gli conviene inoltre provare particolarmente di aver sofferta lesione in quei singoli atti obbligatori.

§. CLXXXIII.

Che avviene delle ipoteche costituite sopra un immobile che si ha diritto di rivendicare, quando il debitore lascia prescrivere la sua azione o la rinuncia?

1. Come io ho diritto di rivendicare l'immobile, perchè ne ho il dominio, nessun dubbio che io non possa ipotecarlo prima ancora di aver mosso il giudizio di rivendicazione (*b*). Ti piacerà la stessa conclusione se il fondo fu strappato al suo proprietario dal dolo, dall'inganno, dallo spoglio fraudolento chiamato lesione enormissima. Ma in fatto di lesione enorme, conviene andar più cauti. Devi osservare se la legge acconsente al venditor leso *un gius reale* sul fondo illegittimamente alienato; realtà, che ha base nel dominio che il venditore avrebbe conservato malgrado l'apparente alienazione. Abbiam visto il discordare delle nostre legislazioni su questo articolo di diritto (§§. CLXXIX. CLXXX.) concedendo alcune, altre negando, lo scioglimento delle ipoteche in forza della rescissione. La ricerca che noi facciamo in questo §. dipende assolutamente da tale nozione; imperocchè il dissolversi delle ipoteche, è prova evidente che il compratore non ebbe mai il dominio, che per conseguenza rimase nel venditore. Ne conseguita che il venditore poteva dare in ipoteca il fondo, nominalmente venduto, e in realtà ancor suo. Tale dottrina difatti è di tipo francese (*c*), perchè, giusta quelle idee, il decreto di lesione enorme produce l'annullamento iniziale, e cancella tutti

(*a*) Odd. Qu. 53. N. 8. et seqq.
(*b*) Duranton N. 277. — Tarrible N. 109.
(*c*) Duranton N. 279.

Digitized by Google

i fatti del compratore, come dal principio al fine illegittimi. Secondo le altre legislazioni (§§. suddetti), dirai il contrario. Il dominio è trasferito nel compratore; onde il venditore non ha potuto dare in ipoteca speciale (*a*) il fondo che non era più suo.

2. Ma, supposto che nella speranza di far rescindere la vendita, il venditore lo avesse fatto; s'egli vincerà la lite, e tornerà padrone, la ipoteca verrà a convalidarsi in virtù di quei principî che abbiamo analizzati nel Tit. III. Capo III. §§. CXXVIII. e segg.

3. Avete iscritta a carico mio una ipoteca generale che, percuotendo tutti i beni che sono in mio dominio, percuote per conseguenza anche quelli che non furono legittimamente alienati. In luogo di far valere i miei diritti e rivendicare i fondi, getto via la spada, e stringo la mano del mio nemico: mi acconcio con lui e ratifico la vendita. Certamente io non farò danno ai creditori intermedî, che iscrissero le loro ipoteche mentre io era padrone di diritto; il fatto ratificante è *volontario;* facilmente collusivo, non può colpire di rimbalzo dei diritti legittimamente acquistati.

Questo è facile a dirsi, e tiene alla evidenza (*b*). Ma in pratica sorgeranno le difficoltà.

Noi qui fingiamo che un creditore ipotecario dell'alienante si trovi alle prese o coll'alienatario a cui favore sta la ratifica, o coi creditori ipotecarî di lui. Questi ultimi opporranno la forza retroagente della ratifica; mezzo non sempre sicuro; ma ciò che farà le quistioni gagliarde sarà la natura e qualità del vizio che si contende avere guaste le fonti della contrattazione: dimostrazione che incombe in tutto al creditore dell'alienante. E non solamente questo, ma sarà anche soggetto di contesa, secondo le circostanze gravissimo, come fossero urgenti e palesi, o remote ed incerte, le prove del fatto; di forma che l'alienante avesse

---

(*a*) Dico *speciale* che ha d'uopo di sostenersi nel dominio presente; è chiaro che le ipoteche generali dei beni futuri colpiranno anche questi, rientrando in dominio del debitore.

(*b*) Carrier N. 174.

Digitized by Google

causa giusta e lecita di non voler incontrare il rischio e le spese di una lite pericolosa, oppugnando con poco onor proprio il fatto suo.

4. Egli è certo che ciò che è assolutamente nullo non ha ristoro o conferma nella ratifica, secondo la bella dottrina di Bartolo che — *ratihabitio non retrotrahitur quando non invenit principium conservabile* (*a*). Onde la importantissima quistione che nasce in faccia alla ratifica del minore *major factus* rapporto ai contratti della sua minor età o nulli o rescindibili. Ci furono di quelli che a carico del minore iscrissero ipoteca, e si domanda se tale ipoteca colpì i beni alienati senza le solennità prescritte. Il dominio non partì mai dal patrimonio del minore se il contratto è nullo: ciò è indubitato. Ma nella età della indipendenza costui rinunciando al suo diritto d'oppugnare il contratto, l'accettò e l'ebbe per valido. Che avviene delle ipoteche intermedie?

Due leggi del Codice (*b*) fermano il principio, che la ratifica del maggiore di 25 anni sana le nullità dei contratti dell'età minorile.

In un altro titolo del Codice si torna sull'argomento. E ancora si decide che la ratifica ha una virtù retroattiva che sana i vizi e le nullità incorse, e qui propriamente s'inchiude il caso delle alienazioni fatte senza decreto del giudice, come suona il titolo (*c*).

Errarono quei dottori che, non trovando formulato il fatto della ratifica espressa, ma della tacita soltanto, (della quale si occupano le leggi 2. e 3.) stimarono che il silenzio e la prescrizione, ossia i fatti negativi, fossero i soli mezzi di efficace ratifica (*d*).

(*a*) Bart. in L. observare N. 4. D. de offic. procons. Idem in L. 1. C. ubi de crim. agi op. Et in L. ab emptione N. 14. de pactis. Dec. Cons. 367. N. 4. in L. quod ab initio et in L. semper qui non prohibet. D. de reg. jur. Su questa materia della ratifica torneremo più avanti, con isvolgimenti ulteriori.

(*b*) 1. e 2. Cod. si major factus ratum habuerit.

(*c*) Si major factus alienationem factam sine decreto ratam habuerit.

(*d*) Montano de tut. et curat. Cap. 33.

Digitized by Google

La buona critica non può separare i due luoghi del Codice (*a*), che di questo subbietto discorrono. Nella L. 2. specialmente del primo luogo a cui accenno, è posta tal regola che abbraccia nella sua universale sanzione tutte le colpe dei contratti minorili, e tutte le assolve (*b*). Ivi si tratta di atti positivi ed espressi. E di atti positivi ed espressi ragiona la L. 1. del secondo luogo del Codice (*c*); senza che sarebbe non lievemente assurdo il dire che il silenzio risana, e che all'incontro la volontà apertamente significata, è fiacca rispetto alla potenza del tacere, e più deboli effetti produce (*d*). Malgrado però tali disposizioni del codice, rimane a decidersi una grave quistione.

5. Ed è quella che io accennava (N. 4.), la quale ricerca una nozione anteriore — *se la nullità sia assoluta o relativa.*

Tutte le legislazioni soccorsero alla intellettiva imperfezione del minore; ma quali mantennero questo gius speciale nei limiti di una polemica privata, quali ne fecero una teoria d'ordine pubblico. Onde le une ne diedero l'arbitrio agl'interessati, le altre gliel tolsero; ed è in quest'ultimo caso che si vide mancare affatto quel primordio di validità, quell'elemento *conservabile*, considerato da Bartolo. Se la nullità degli atti minorili si mostra

(*a*) Lib. II. Tit. XLVI. — Lib. V. Tit. LXXIV.

(*b*) Qui post vigesimum quintum annum aetatis, *ea quae in minore* aetate gesta sunt, rata habuerint, frustra rescissionem eorum postulas — Diocl. et Maxim.

(*c*) Essa ha bisogno d'illustrazione; e il Gothofredo la porge chiarissima. La ratifica legittima il contratto del minore rescindibile per vizio di forme. Ma se inoltre il contratto peccava di lesione enorme; non è pregiudicata l'azione. E con ciò si stabilisce questo memorando principio, che la ratifica che fa il maggiore di un contratto vizioso per forme estrinseche, implica la rinuncia a tutte quelle eccezioni che riguardavano il privilegio della minor età; ma non toglie quelle che spettano a qualunque maggiore di età per vizî intrinseci dolo, lesione, falsa causa ecc.

(*d*) Alex. Cons. 117. N. 2. Vol. 5. Gabriel. Com. op. Lib. 2. de minor. Concl. 4.

Digitized by Google

relativa nel concetto romano, e in alcune altre legislazioni (*a*), nel sistema Pontificio è *assoluta* (*b*). Onde la ratifica non potrebbe mai tornare indietro a ferire i diritti dei terzi. I quali, sapendo che il contratto era inesorabilmente nullo, ebbero in giusto dispregio l'atto ratificante, e colpirono i beni del minore con ipoteche irresolubili (*c*).

6. Ora si supponga che il minore fatto maggiore non si prenda cura di esercitare le sue azioni *nei cinque anni*, imposti come termine perentorio ad esercitarle, dalla costituzione di Giustiniano (*d*). La legge è precisa; e opinioni gravissime estendono di maniera la forza di codesta perenzione di diritto che sembrano applicarla persino ai contratti dei minori radicalmente nulli. Esse fanno una sottile distinzione, e dicono, che la operazione della legge è più potente di quella dell'uomo; che l'uomo non può finger valido in origine ciò che fu sempre in istato di nullità, ma la legge può farlo nella plenipotenza sua (*e*). Certo la legge è la ragione suprema, e può quel che vuole; ma io trovo che nella

---

(*a*) V. i nostri §§. 102. 103. 104.

(*b*) Essa è la riproduzione degli statuti municipali, che annullavano ipso jure e irreparabilmente i contratti delle donne e dei minori fatti senza solennità. Costantin Rot. decis. 360. T. 3. Sordi, parlando dello Statuto mantovano — Decis. 245. per tot.

(*c*) Dico che la ratifica del maggiore non ripara alle nullità incorse *ipso jure* nei contratti fatti in età minorile quando si tratta *del danno dei terzi* — non così rapporto allo stesso ratificante. Gloss. et Andr. in C. ratihabitionem de reg. jur. in 6.

(*d*) L. 3. D. si major factus alienation.

(*e*) Suole allegarsi a sostegno la L. Cum hic status D. de donat. inter vir. et ux., che a mio avviso è tutt'altra cosa. Il divieto della donazione fra marito e moglie ha una causa particolare nel pericolo di una seduzione in qualche momento di trasporto conjugale; onde la persistenza lunga, e la morte avvenuta prima di ogni rivocazione, quando tutte si sperdono le umane illusioni, fa giustamente ritenere la ferma e costante volontà di donare. Laddove la nullità per difetto di forme solenni è insanabile, perchè assolutamente ha la sua causa in un principio più generale, che abbiam chiamato d'ordine pubblico.

Digitized by Google

prescrizione quinquennale è adottato precisamente quel principio della retroattività della ratifica che si è veduto campeggiare nella ratifica espressa. Non posso dare alla ratifica tacita, al silenzio, alla prescrizione, un valor maggiore. Dico adunque che la legge ha bensì ammesso questo effetto, ma in logica coerenza a quel suo concetto di non vedere che una nullità *relativa*, e d'ordine privato, nella imperfezione dei contratti minorili. Laonde dove tale nullità è assoluta (*a*), non può dipendere dalla inerzia o dalla collusione del debitore far questo danno ai suoi legittimi creditori.

Opino perciò che il creditore ipotecario del minore, che iscrisse la sua ipoteca sui beni che mai non furono legittimamente alienati, possa far valere le sue ragioni, *purchè non lasci egli pure trascorrere il fatale quinquennio*. Partecipe del valore di quella sostanza che al suo debitore apparteneva, è partecipe eziandio de' suoi diritti; ma non può essere in miglior condizione. Trascorso il quinquennio si avrà come consenziente; e l'alienatario si troverà alla fine assicurato nel suo acquisto.

7. Ho detto (N. 3.) che conviene aver molto rispetto alla natura delle prove, per non mettere a troppo dura croce il debitore che trovi il suo conto nel transigere. Supponete che la nullità sia assai dubbia e di pericoloso esperimento; quando la transazione si vegga fatta in buona fede, se questa ha per effetto la conservazione del bene acquistato nell'alienatario, quantunque il minore, anco divenuto maggiore, se ne procacci qualche guadagno, converrà rispettarla (*b*).

(*a*) Vedi specialmente la famosa Costituzione di Benedetto XIV. che comincia — Romanae Curie etc. — §. 51. del Regol. legisl. 10 Novembre 1834.

(*b*) Urceol de transact. Qu. 50. N. 2. V. il §. seguente.

Digitized by Google

§. CLXXXIV.

Se ed in quali casi il creditore ipotecario può fare opposizione alla sentenza pronunciata contro il debitore.

1. Il creditore ipotecario ha causa dal debitore, ma i loro rapporti di diritto sono molto diversi da quelli che sogliono essere fra l'autore e il successor singolare. Fra costoro, come suona il nome, *havvi una continuazione e successione di diritti;* l'autore si è spogliato almeno delle sue azioni utili (*a*), o le ha abbandonate (*b*); e il secondo prende il suo posto. Debitore e creditore sono invece in uno stato giuridico di opposizione. E l'interesse loro talmente li divide che la legge ha dovuto adoperare con molta prudenza onde codesti rapporti non finiscano col confondersi in un modo incongruo e contro giustizia.

2. Le leggi romane ce ne lasciarono una teoria abbastanza compiuta. Esse guardano poi meramente al tempo dell'acquisto ipotecario; e nella protezione in cui pigliano gl'interessi del creditore, suppongono che i suoi diritti siano *anteriori* al movimento della lite e della sentenza (*c*). Questa regola è stabilita con tanta forza che, dato il caso di aver perduto *per injuriam*, non per tanto si fa lecito al debitore di obbligare a pegno la cosa che ingiustamente gli fu tolta (*d*). Rispetto a tutti i diritti, era la divisa di quei solenni banditori di moralità giuridica; rispetto alle sentenze dei tribunali, ancorchè ingiuste, quando il principio di autorità, sempre rispettabile, non abbia d'uopo di modificarsi in faccia a qualche altro principio di più stringente applicazione. Bisogna possedere il diritto *prima* che nasca la sentenza; e bisogna che la sentenza non riguardi e non comprenda colui che possedeva quel diritto. Allora si dichiara l'autorità della cosa giudicata,

---

(*a*) Cedente e cessionario.
(*b*) Testatore e legatario.
(*c*) LL. 28. e 29. D. de except. rei judic. — in fin. Cujacio ibi.
(*d*) L. 3. D. de pign. et hyp. in fin.

Digitized by Google

senza fare nessuna offesa al prestigio morale di cui si deve circondarla, perchè in effetto, rapporto al terzo, la cosa giudicata non esiste.

3. *Posta l' anteriorità di diritto* del creditore ipotecario, nasce in lui quello di assistere al giudizio in cui il debitore combatte la stessa sua causa, che è quella della proprietà. Indi è sorta l' altra regola *di dovergli denunciare la lite*, quando si voglia che la sentenza faccia stato contro di lui. Se il debitore ha sostenuto una lite sul suo diritto di proprietà, non *admonito creditore*, e ha perduto, le forze del creditore ipotecario rimangono intatte, ed egli può ancora misurarsi col vincitore (*a*).

4. *La denuncia* è il mezzo diretto e legale della scienza. Ma il creditore può averla d' altronde, e allora non gli è lecito querelarsi di ommessa denuncia. Alcune volte la scienza nuoce, e altre no, dice un testo bellissimo. Ci sono dei casi nei quali non possiamo impedire altrui l' esercizio indipendente dei loro diritti. Il mio coerede ha la bizzarrìa di fare una causa cattiva, e ne porta la pena col perderla: tal sia di lui; se io mi opponessi, egli risponderebbe giustamente che è libero padrone delle cose sue. *Il suo diritto difatti è giuridicamente distinto dal mio;* io non posso legargli le mani. Non è così di coloro i cui diritti sono costituiti sulla stessa proprietà benchè con partecipazione e forma diversa; nel primo caso avete due istrumenti uno dei quali può tacersi mentre l' altro suona; nel secondo si agitano le corde dello stesso strumento, nè può farsi che il moto non si comunichi a tutte. Intendo dire che il coerede o comproprietario tratta la causa propria; nella parte che gli appartiene, divisa o no, egli è il solo padrone; vincitore o perdente, il vantaggio o il danno è tutto suo. Pertanto se io comproprietario sono sciente che il mio socio ha

---

(*a*) Nerazio L. 29. D. de except. rei jud. Ulpiano L. 11. §. 10. D. eod. Paolo poneva un principio più generale nella L. 43. D. de rei jud. La nozione comune è — *res inter alios judicatas aliis non praejudicare* — L. 63. D. de rei jud. in pr. L. 31. in fin. de judic. L. 16. D. qui pot. in pign. Tit. Cod. inter alios acta vel judic.

Digitized by Google

in piedi una lite, io non ne sentirò alcun danno, posto ch' egli soccomba. Non è così, se la causa si agita fra un terzo, che spiega un' azione di rivendicazione, e un proprietario che è nello stesso tempo colui che costituì la ipoteca a favor mio. La scienza mi nuoce perchè io posso intervenire nel giudizio; correggere gli errori del reo male informato, pusillanime, che non sa difendersi, che si lascia dare sul capo; ma se io non mi muovo, mi associo a quegli errori, accetto quelle conseguenze, rinuncio ai miei diritti (*a*).

5. E con ciò si avvera che talvolta la scienza nuoce e talvolta no; la ignoranza non nuoce, se non confina in buon dato colla colpa. Tutto questo è nei casi ordinarî. Ma supponiamo adesso che c' entri di mezzo il delitto; la collusione, cioè, la frode, l' inganno essendosi i litiganti intesi fra loro per danneggiarmi. Dell' infame patto io sarei la vittima, se la legge non mi soccorresse; ma essendomi stata già denunciata la lite, o avendone io perfettamente la scienza, non mi si potrà opporre che io fui colpevole di negligenza, non essendo intervenuto in causa, e avendo lasciato fare? (*b*). Giacchè egli poteva temere la imperizia o la negligenza, e da questo doveva guardarsi; ma non doveva sospettare il delitto.

6. Per concludere, la sentenza proferita contro il debitore nuoce al creditore ipotecario 1.° se gli sia stata denunciata la lite 2.° se si provi ch' egli n' ebbe d' altronde la scienza 3.° se il giudicato sia l' effetto di proditoria collusione. Quasi tutte le procedure dei nostri Stati d' Italia provveggono all' interesse dei creditori ipotecarî, obbligando a formali denuncie, e accordando il diritto d' intervenire in causa (*c*).

(*a*) E la teoria della L. 63. D. de re jud. V. Gl. e Bart.
(*b*) L. 5. C. de pign. et hyp.
(*c*) V. anche il §. CLXXII. N. 7.

Digitized by Google

§. CLXXXV.

Epilogo del Capo IV. Div. II. e III.

Questo Capitolo è tanto diffuso, e contiene sì diverse materie che gioverà rivederlo rapidamente, a formarcene un concetto pieno e ordinato.

1. Dominio risolubile è dominio imperfetto, poichè non contiene la pienezza della disponibilità. Quella parte di dominio di cui siam privi, risiede necessariamente presso un altro, poichè nel mondo giuridico tutti i diritti sono occupati; la somma di tutti è la Proprietà considerata in astratto. Questo diritto non agirebbe sulla cosa che noi possediamo se non fosse *reale*. Dunque la *realtà è la causa sufficiente della risolubilità*. Ma per acquistare *efficienza* pratica, allorchè il diritto del terzo involve la distruzione di altri diritti reali che sono venuti a collocarsi sulla cosa stessa, deve avere due requisiti, uno di tempo, e l'altro di causa: *preesistenza: necessità*. Nelle lotte della *realtà* la vittoria sta di solito col tempo; la moralità giuridica poi non consente che un impegno contratto si distrugga col fatto semplice della volontà del debitore; così quelle due idee sono divenute normali e formano il teorema (§. CLI.).

Il tempo, come legge fisica, immutabile, eterna, in quanto sia vero in fatto, sfugge ai pericoli del ragionamento; non così la nozione della causa che essendo dell'ordine morale, è sempre di più incerta e difficile dimostrazione. Ciò io notava nello stesso §. CLI., e tosto concepiva un triplice aspetto di esame. *Di cause risolutive determinate, apparenti dal titolo*, la cui attuazione dipende unicamente dal fatto di colui che possiede il diritto; *di cause risolutive indeterminate apparenti dal titolo*, ma che rimangono inerti e inoffensive finchè non sono provocate dal fatto colpevole del possessore (come quei rettili assopiti, se mi fate lecito il paragone, che mordono quando sono calcati); *di cause risolutive, non apparenti, intrinseche, di difficile investigazione*, realmente preesistenti, che rompono di forza i nuovi rapporti fra proprietario e creditore, riconducendo le cose allo stato anteriore.

Digitized by Google

È chiaro che queste tre condizioni sono perniciose al Credito reale, ma non a un modo; giacchè la seconda s'immerge in maggiori incertezze; micidiale è la terza; e i legislatori, a dir vero, non hanno ancora lavorato per rimediarvi. Ciò che ispira interesse non è già la situazione del debitore in faccia al proprietario rivendicante, ma quella del terzo che si vede ravvolto in un conflitto che non lo riguarda, e di cui può essere facilmente la vittima. Come nel naufragio del debitore possa o no salvare e porre a riva il suo diritto, è ciò che forma la importanza di tali quistioni. Questo pensiero domina per tutto il Capitolo IV.

2. Non intendo riassumere la teoria esposta, ma solamente fare una classificazione a memoria del lettore, e a chiarezza del concetto fondamentale.

Alla *prima classe* non possono propriamente rassegnarsi che tre soli degli esempî discorsi; cioè la *ricompra convenzionale* (§§. CLIV. CLV. CLVI. CLVII.); *le determinate sostituzioni* (§. CLX.); *e le devoluzioni* che diciamo naturali nel contratto enfiteutico (§§. CLXII. CLXIII.).

La stessa *addictio in diem*, *il patto commissorio*, *la riserva del dominio* (§§. CLII. CLIII.) appartengono alla seconda classe; perchè quantunque il fatto del debitore sia negativo, tuttavia egli potrebbe non incorrere la risoluzione pagando il prezzo. Così senza dubbio alla seconda appartengono i casi trattati nei §§. CLXV. e segg. — CLXXXI. CLXXXIII. Anche la revoca della donazione per titolo d'ingratitudine (§. CLXXV.) vi dev'esser posta.

La revoca della donazione per *sopravvenienza di figli* (§. CLXXIV.) è di un genere particolare; chè non si produce nè dal fatto provocante del debitore come in tutti gli altri casi, ma nasce da un evento inopinato; e si accosta alla prima classe; poichè sebbene non letterale, tuttavia la causa risolutiva è impressa nell'atto dalla legge di natura e dalla legge scritta; salve le eccezioni derivanti dal gius positivo. (§. CLXXIV. N. 4.).

Sono della terza categoria le cause discorse nei §§. CLXXVI. CLXXVII. CLXXVIII. CLXXIX. CLXXX. e CLXXXII.

La giustizia veglia perchè nella evoluzione di tutti questi diritti, siano allontanate le oblique e maligne influenze, ed è ciò di cui discorre il §. CLXXXIV.

Digitized by Google

TITOLO IV.

SOGGETTO MATERIALE DELLA IPOTECA

DIRITTO ROMANO

L. 9. §. 1. *L.* 13. §. 1. 2. *L.* 11. §. 2. *L.* 34. *in princ. D. de pign. et hyp. L.* 18. *in fin. de pign. act. L.* 3. *C. quae res pign. obl. L.* 1. *in fin. L.* 15. *D. qui pot. in pign. LL.* 25. *e* 27. *C. de pign. et hyp. LL.* 3. 4. 5. 6. 7. *C. quae res pign. oblig.*

Codice delle Due Sicilie

Art. 2084. « *sono soltanto capaci d' ipoteca.*

1.° *I beni immobili che sono in commercio e i loro accessorî riputati immobili.*

2.° *L' usufrutto degli stessi beni e dei loro accessorî pel tempo della sua durata.*

Il Codice di Modena art. 2150. *e quello di* **Parma** art. 2168. *aggiungono :*

3.° *Il dominio utile e il dominio diretto delle enfiteusi.*

Il Codice **Sardo** art. 2168.

3.° *Il dominio così diretto come utile dei beni conceduti ad enfiteusi anteriormente all' osservanza del presente Codice.*

4.° *Le piazze considerate come immobili nell' art.* 407.

5.° *Le rendite sopra lo Stato nel modo determinato dalle leggi relative al debito pubblico.*

Il Regolamento **pontificio** §. 104.

« *sono capaci d' ipoteca :*

1° *le proprietà sulle quali cade il dominio fondiario , cioè i predj urbani ed i predj rustici , nel di cui suolo le proprietà medesime si trovano stabilite ;*

2.° *l' usufrutto degli stessi predj e dei loro accessorj , finchè dura il diritto dell' usufrutto ;*

Digitized by Google

3.° *il dominio utile ed il dominio diretto nella enfiteusi, e ciascuno separatamente.*

§. 105. *I mulini fissi e struttili sono noverati nella classe delle proprietà fondiarie capaci d' ipoteca: i mulini fluviatili ed asportabili ne sono esclusi.*

Il Regolamento **Toscano** art. IV.

» *Ad ogni effetto della presente legge, sono beni immobili.*

1.° *i beni di suolo e i loro prodotti sintantochè non ne vengono recisi, le fabbriche e gli edifizî, gli affissi e i mobili e semoventi divenuti strumenti dei beni, delle fabbriche, e degli edifizî, sino a che mantengono tal destinazione;*

2.° *l' usufrutto dei detti beni, fabbriche ed edifizî;*

3.° *il dominio diretto e l' utile nei livelli, e nelle locazioni a lungo tempo.*

Codice Austriaco §. 448. — *Si può dare in pegno qualunque cosa che sia in commercio. Se questa cosa è mobile chiamasi in senso stretto Pegno; se è immobile, dicesi Ipoteca.*

§. 293. *Mobili sono le cose, che, salva la sostanza di esse, possono trasportarsi da un luogo all' altro; in caso diverso sono immobili.* — *Agg. i* §§. 294. 295. 296. 297.

CAPO I.

DEGLI IMMOBILI NATURALI E DELLE LORO PERTINENZE.

§. CLXXXVI. — *Osservazioni preliminari.*

§. CLXXXVII. — *La garanzia, come surrogato della fiducia personale, è una realtà che si fonda in ciò che è più durevole fra le cose umane.*

§. CLXXXVIII. — *Del concetto* — Immobile — *e delle sue varie applicazioni.*

§. CLXXXIX. — *Se i mobili, immobilizzati per destinazione, siano colpiti dalla Ipoteca.*

Discussione sul sistema romano.

Digitized by Google

§. CXC. — *Degl' immobili per destinazione secondo i sistemi moderni. Quale soverchia estensione importi nel sistema francese il vocabolo* — destinazione —; *e dei moltiplici aspetti di quella idea.*

§. CXCI. — *Continuazione dell' argomento.*

§. CXCII. — *Il diritto della destinazione non appartiene nè al conduttore nè all' usufruttuario.*

§. CXCIII. — *Si può stipulare che gli accessori riputati immobili non sono colpiti dalla ipoteca.*

§. CXCIV. — *Essendo sempre in facoltà del debitore di disporre degl' immobili per destinazione, malgrado la ipoteca che li colpisce, si esamina quale sia il valore di tale ipoteca.*

§. CXCV. — *Una Decisione della Corte d' appello di Rennes* 14 *Luglio* 1849.

§. CXCVI. — *Come nel Codice Universale Austriaco sia trattata la materia fin qui discorsa.*

§. CXCVII. — *Dei frutti. Acquisto del dominio, e possesso dei frutti divisi dal suolo. Opinioni di Proudhon, Savigny, Vangerow, e Ianssen.*

§. CXCVIII. — *Della immobilizzazione dei frutti quanto agli effetti ipotecari.*

§. CLXXXVI.

Osservazioni preliminari.

Nel sistema antico il mondo delle cose fu messo a disposizione del vincolo ipotecario, e ciò produsse due grandi mali 1.° che il campo per la sua troppa vasta estensione non potè essere fortemente dominato dall' azione legislativa stabilita nel centro 2.° che l' interesse privato si trovò in acerbo e perpetuo conflitto coll' interesse pubblico che alla fine doveva vincere perchè era l' interesse di tutti (§. XVI. e segg.). Il nuovo sistema aveva dunque due cose a fare principalmente 1.° restringere la materia o subbjetto della ipoteca onde poterla solidamente recare nel proprio dominio e governarla con freno robusto; 2.° non separare, ma associare l' interesse individuale al generale, proteggendo il primo

Digitized by Google

colla forza di un ordinamento in cui trovasse tutte le garanzie necessarie alla sua conservazione, illuminando nello stesso tempo colla felice idea della pubblicità le grandi vie che il secondo percorre in questo immenso sviluppo dei commerci e delle industrie; e sciogliendo i secolari problemi di un antagonismo che pareva inevitabile. Qual maraviglia adunque non ha dovuto lasciare dietro di se, quando il tempo e la critica han potuto maturarlo, quell'articolo del Codice Napoleone che diceva così « chiunque siasi obbligato personalmente è tenuto adempiere alle contratte obbligazioni sotto la garanzia di tutti i suoi beni mobiliari e immobiliari presenti e futuri? » (2092). Contuttociò sì grata impressione fece quell'articolo in alcuni dei nostri legislatori, che anch'essi lo vollero collocato, senza mutarlo, nel vestibolo dell'edificio ipotecario (*a*), aggiungendovi quest'altro, che fu detto, com'è in realtà, il corollario del precedente « I beni del debitore sono la garanzia comune dei creditori ».

Ciò che spiace sopra tutto, è la confusione che tosto s'ingenera nelle idee che devono poi trovare il loro culto e la loro apoteòsi nel regolamento che segue. In cento altri luoghi si mostrerà che *la garanzia dei creditori* non consiste punto nell'azione personale, ma che il suo essenziale carattere è la realtà. Or come si è potuto spender quel vocabolo per un valore che punto non corre; come possono essere *le garanzie* dei creditori i beni che il debitore può vendere a piacer suo, salvo solamente il rimedio della pauliana, tardo, difficile e quasi impraticabile? Anzi nel testo si fa più sensibile l'abuso di quella classica voce *gage* il cui significato scientifico dovrebbe custodirsi con tanta cura (*b*) « Les

---

(*a*) Codice delle Due Sicilie art. 1692. Codice Sardo art. 2145. Codice di Modena art. 2114. Codice di Parma art. 2122. con alcune leggiere modificazioni che verrò notando. Il Toscano dice « Tutti i beni immobili e mobili del debitore garantiscono l'adempimento delle di lui obbligazioni.

(*b*) Zacharia §. 256. dice — *gage* nel senso più esteso « est un droit en vertu du quel une personne peut pursuivre sur les biens d'autrui le payement qui lui est dû ». Ad uno scrittore può esser lecito questo generalizzare astratto; una legge che cominciasse dalla definizione

Digitized by Google

biens du dèbiteur sont *le gage* commun des les crèanciers ». Nell'art. 2071. la legge l'usò nel senso di contratto con cui il debitore *dà al suo creditore una cosa per sicurezza del credito*. Dunque se i beni tutti del debitore sono la *gage commun* de' suoi creditori, ne segue che tutti i beni *del debitore sono dati a' creditori a sicurezza dei loro crediti: il che è falso come tutti sanno.* Si è creduto che quei redattori (almeno è questo il pensiero di Troplong) volessero additare l'immenso progresso della civiltà da quell'antichissima barbarie che costringeva la persona del debitore colle torture e cogli strazî: vanità che in sì grave lavôro non posso supporla. Io penso invece che andassero cercando una formula colla quale dar ragione del perchè un creditore può eseguire le condanne giudiziali su tutta la realtà del debitore, e la trovassero in questo — *che i beni sono la garanzia comune dei creditori.* Il legislator pontificio, appropriandosi le idee principali del codice francese, e lo stesso ordine seguitando, bene avvisò di lasciar fuori amendue quegli articoli. I quali hanno per lo meno il difetto di una troppo vaga e mal espressa generalità. Il Carabelli ravvicinò le idee e le spose assai bene in queste parole: *la esecuzione è un modo di esercitare un diritto personale; l'obbligazione reale è un modo di assicurare il futuro esercizio di quel diritto* (*a*).

2. Inoltre quella sentenza non è del tutto vera neppure nel senso che tutti i beni del debitore possano esser colpiti dall'esecuzione.

---

dell'ente per venire poi a discorrere delle cose e delle loro divisioni, farebbe circa lo stesso. L'autore ha poi bisogno di discendere e dire — che *gage in senso strettissimo* — è propriamente *il gage reale;* l'altro è un *gage personale:* cosa che nessuno forse aveva detta prima di lui.

(*a*) Par. I. Cap. II. §. VIII. N. 1. È singolare che fra i diversi progetti si accettasse la redazione peggiore — Cambacérès proponeva — *Tous les biens* de celui qui aura contractè un engagement authentique, ou èprouvè une condamnation, *serons affectès a la exècution de l'engagement ou de la condemnation.* — C'eran forse troppe parole ma l'espressione era chiara. Il Duranton ne avrebbe voluta una diversa. *Quiconque est obbligè est tenu de remplir son engagement sur tous les biens.* Cours de droit civil. Liv. 3. Tit. 18.

Digitized by Google

Essa si restringe in più maniere. Un privilegio scritto a favore dei minori e degl' interdetti, obbligava il creditore ad escutere i mobili di preferenza agl' immobili. (Cod. franc. art. 2206.). Altra eccezione è nell' art. 2212. di quel codice (*a*). Motivi d' umanità, motivi d' interesse pubblico si frappongono tra l' esecutore e certe appartenenze del debitore (*b*); gl' istrumenti dell' agricoltura; gli arnesi del mestiere; le suppellettili più necessarie alla vita; gli stipendi dei pubblici impiegati, tante altre eccezioni valgono a confutare quei due articoli (2092. 2093.) che nella loro espressione non suppongono limite alcuno. È anche imperfetta la forma in ciò che non s' include l' effetto delle obbligazioni che nascono dai quasi-contratti e dai quasi delitti, benchè non possa escludersi dalla ragion della legge.

§. CLXXXVII.

La garanzia, come surrogato della fiducia personale, è una realtà che si fonda in ciò che è più durevole fra le cose umane.

I romani esposero più facilmente quelle nozioni primitive del diritto. Per essi la obbligazione non fu il vincolo della cosa ma della persona (*c*). *La garanzia dei beni* viene sempre secondaria e accessoria alla obbligazione della persona. Le fidejussioni, i pegni, le ipoteche sono altrettanti surrogati ad una fede personale che non si è mai avuta, o è mancata. Diffidenza che indebolisce i vincoli sociali, e rallenta la mutua corrispondenza fra gli uomini. Considerate come ripari, le garanzie presuppongono possibilità non remota di un disordine o morale, o economico; e la presenza di cause capaci di produrlo. Così gli argini tengono i fiumi onde

---

(*a*) Napoli art. 2118.
Sardegna art. 2338.
(*b*) Articoli 582. 592. 593. del Codice di Procedura Francese.
(*c*) L. 1. e 3. D. de oblig. et act. L. 13. C. de obl. et act.

Digitized by Google

non devastino le campagne; e quanto più la corrente ingrossa e infuria, bisogna aumentare e render più solide le opere della difesa. Una società caduta in miseria e in corruzione, darebbe il minor numero di obbligazioni personali, tutti vorrebbero garanzie; e lo stesso Credito fondiario sentirebbe la scossa del sospetto, della sfiducia, dell'affollata concorrenza. Queste stesse considerazioni hanno decisa la esclusione dei mobili dalla categoria delle cose ipotecabili (*a*). Il mobile che sfugge dalla vista, che si nasconde, e si trasforma, non poteva esser riputato valevol garanzia se non quando o fosse consegnato al creditore, o fosse tenuto in leale custodia da un debitore di buona fede; ma tutto questo suppone quella opinione che non esiste più quando la fede è perduta, quando non si crede più che nella materia. Si preferì l'*Immobile:* e con ragione; l'immobile che vede mancare gli uomini intorno a se: testimonio dei secoli.

§. CLXXXVIII.

Del concetto — Immobile — *e delle sue varie applicazioni.*

Nel suo senso materiale *Immobile* è nozione di luogo con relazione a quella di tempo; poichè ciò che non può trasportarsi da luogo a luogo implica la idea della durata, sicchè gli uomini possono scegliere i loro punti d'appoggio per fissarvi quei concetti economici che hanno bisogno di non manchevole stabilità. L'immobile *per natura:* il suolo, e ciò che sorge dal suolo e vi ha fondamento o radice, non è idea che possa variare nel sentire umano: un po' più in là comincia il *convenzionale,* e allora vengono le distinzioni. Ciò che occupa il pensiero del legislatore non è propriamente *l'immobile* per se stesso ma le idee accessorie di pertinenza, di relazione, di affinità, di produzione; ond' egli rassegna al concetto dominante, o esclude e rinvia codeste

(*a*) V. ciò che ho scritto nella Parte Prima e Seconda del *Discorso preliminare*, e specialmente ai §§. VII. XV. XVI. XVII. XVIII.

Digitized by Google

accessioni e derivazioni, ora congiungendole, ora tenendole separate e distinte. I frutti che nascono dal fondo; le legna dei boschi; gli uomini, gli animali, che servono all'agricoltura; gl'istrumenti aratori; gli alveari; i pesci della peschiera; gli utensili delle fabbriche, e via discorrendo, derivano dall'immobile o vi dimorano, o sono destinati a conservarlo, a impinguarlo, a farlo produrre; tutto questo seguito, questo traino, per così dire, dell'immobile s'identifica con esso, acquista la stessa natura, è soggetto alle medesime leggi, segue lo stesso destino? È questa la ricerca che il legislatore e il filosofo fanno nella loro mente.

2. La legge francese novera quelle ed altre cose fra gl'immobili (art. 518. e segg.) molto e giustamente apprezzando lo scopo e l'uso onde il mobile si congiunge all'immobile, se cioè per restarsene con esso a comodità, ad ornamento, e durare con lui, ovvero momentaneamente: elementi tutti avuti già in calcolo dai giureconsulti romani (*a*). Sonovi quelli che si chiamano *immobili di destinazione*. Ce ne sono altri di relazione — *ossia tali per l'oggetto a cui si riferiscono* — Il Codice francese ne conta tre categorie 1.° *L'usufrutto di cose immobili* 2.° *le servitù prediali* 3.° *le azioni che tendono a rivendicare l'immobile*. Il Codice delle Due Sicilie art. 449., il Codice Sardo art. 406., l'Estense art. 416.; il Parmense art. 381. vi aggiungono *il diretto e l'utile dominio nell'enfiteusi*.

3. Nell'ordine cosmico non c'è *Immobile;* tutto si muove e cammina sotto l'impulso misterioso e perenne della mano Onnipotente (*b*). Ma subbiettivamente parlando, e in ordine alle nostre

---

(*a*) Labeo generaliter scribit, *ea quae perpetui usus causa in aedificiis sunt; aedificii esse; quae vero ad praesens, non esse edificii;* utputa fistulae, temporis quidem causa positae, non sunt aedium; verumtamen si perpetuo fuerint positae, aedium sunt — L. 17. §. 7. D. de act. empt. vend. — Vedi la stessa L. 17. ai §§. 8. 9. 10. 11. L. 242. §. 2. D. de verb. sign. Di servi, coloni, mancipî annessi al fondo — V. Novell. 7. Prafat. . . . aut aliter alienare rem immobilem, domum forsan, aut agrum *aut colonum aut mancipium, aut civiles annonas* suam et hae eo inter immobilia sunt numerandae.

(*b*) « La gloria di colui che *tutto muove* ».

Digitized by Google

percezioni, noi comprendiamo la quiete di alcune cose e il moto di alcune altre; e così il nostro spirito ha la idea dell'*immobile e del mobile.* Essa dunque è sempre relativa. L'Immobile fisico, ripetiamolo ancora, non è l'Immobile giuridico. E nello stesso mondo giuridico le relazioni variano, e assumono proporzioni diverse, secondo l'oggetto. Avvegnachè quando si dice che la ipoteca non affetta che le cose immobili non si esprima con questo un concetto generale che — *tutto ciò che la legge considera come Immobile* — sia capace d'ipoteca; ma solamente esserne capaci quei tali immobili che la legge ipotecaria si cura di specificare e distinguere. Così le pertinenze e accessioni immobiliari che si considerano tali all'oggetto di stabilire le obbligazioni del venditore verso il compratore, non hanno sempre ugual valore di relazione perciò che riguarda il diritto del creditore ipotecario. Laonde non troviamo fra gl'immobili capaci d'ipoteca, *nè le servitù prediali, nè le azioni dirette alla rivendicazione dell'immobile,* benchè annoverate fra le cose immobiliari.

4. Le quali varietà appajono maggiori, ragguagliando le diverse estimative che si fanno da alcune delle nostre legislazioni intorno a certi concetti ipotecarî. I francesi avevano forse smarrita ogni idea di enfiteusi; furono così stranieri a questa splendida tradizione del diritto romano, per non ricordarla neppure nel loro codice; ovvero pensarono che quella combinazione non presentasse nel suo accordo veruna realtà ipotecabile? Questo vedremo più avanti; intanto è di fatto che nè *il dominio diretto nè il dominio utile* sono ivi mentovati come suscettibili d'ipoteca: vuoto enorme a cui proveggono in comune le legislazioni italiche. Vediamo i Sardi avere fra gl'immobili *le rendite dello Stato, e le piazze dei causidici e degli attuarî* (V. art. 2168. sopra) nella quale nozione gli altri codici non consentono.

Digitized by Google

§. CLXXXIX.

Se i mobili, immobilizzati per destinazione, siano colpiti dalla Ipoteca.

Discussione sul sistema romano.

1. Commentando il Proudhon, l'Hennequin lasciò sfuggirsi che gli antichi romani non ebbero la idea della immobilizzazione fittizia sotto il rapporto mentale *della destinazione;* nè conoscevano altra immobilizzazione che *per aderenza* (*a*), citando a prova la L. 17. D. de act. empt. vend. da noi sopra ricordata (*b*). E si compiace nel dire trionfalmente « rien ne preuve mieux que les romains n'avaient pas l'idee de l'immobilixation fictive par affectation ». Ma io non credo che sia lecito ai moderni arrogarsi questa scoperta, poichè appunto in quella legge stessa vedi scritto l'argomento contrario (*c*).

(*a*) Ainsi les romains, qui n'ont jamais connu que l'immobilixation par adhèrence, les romains entierement etrangers à l'immobilixation fictive par simple destination .... nota al N. 102. sect. 11.

(*b*) §. preced. nota al N. 2.

(*c*) Oltre le parole del testo surriferite (§. preced. N. 2.) sono notevoli queste altre. Ea quae ex aedificio *detracta sunt ut reponantur aedificii sunt.* At quae parati sunt, ut imponantur, non sunt aedificii. Pali qui vineae causa parata sunt ante quam collocentur, fundi non sunt. *Sed qui exempti sunt hac causa ut collocentur fundi sunt.* E non sono questi gl'immobili per destinazione? E che altro significano quelle parole di Giavoleno nella legge che segue? *Aliud juris est in his quae detractae sunt ut reponerentur; aedibus enim accedunt.* Davvero che quelle cose che si trasportano, coll'animo però di ritornarle al loro posto per servire al fondo, non riguardano punto *l'immobilixation per adhèrence.* Non meno evidente è quel dire di Labeone — che se havvi in alcun fondo uno strato di tavole che si pone all'inverno e si leva alla state, quelle tavole fanno parte dell'edificio per la *destinazione* che hanno — *quoniam perpetuo usui* PARATAE *essent.* L. 242. D. de verb. sign. Agg. la L. 78. §. 3. D. de legat. 3. *Quae in fundo sunt* . . . ACCEDUNT ETIAM EA QUAE TUNC NON SUNT, ET ESSE SOLENT; *non quae casu ibi fuerunt.*

Digitized by Google

La proposizione del giureconsulto francese è certamente azzardata. Solo che si ricordi cosa fosse il *fondo instrutto* che comprende la totalità delle cose che servono alla conduzione, al corredo, al decoro del fondo secondo il particolar sistema di ogni padre di famiglia; e non solamente *l'instrumentum* (*a*) propriamente detto, ma ogni altro che la destinazione del proprietario avesse radunato in quel luogo (*b*). Che se alcuno domanda, se nella costituzione del pegno in genere venissero siffatte accessioni, o ne fossero escluse, la quistione allora sarà diversa; giacchè quei sapienti potevano aver ragioni, come ne avevano, per escluderle, ma nè per questo sarà giustificata la falsa e irriverente sentenza, che « les romains n'avaint pas l'idèe de l'immobilixation fictive par affectation ».

2. Un prudente e benefico riguardo mosse l'imperador Costantino a vietare la esecuzione su gl' istrumenti necessarî all' agricoltura (*c*): divieto ripetuto un secolo dopo da Onorio e Teodosio (*d*), da una Costituzione di Federico (*e*), e confermata da tutte le legislazioni civili. Locchè fece dire ai prammatici che *nel pegno non si comprendono* tali istrumenti (*f*). A parlare con proprietà, si doveva dire che tali cose sono eccettuate dal pegno giudiziale; ma nè la natura della disposizione, nè la causa

---

(*a*) Col qual vocabolo si esprime tutto ciò che è *destinato* a preparare, raccogliere, e custodire i prodotti — *Instrumenta fundi ea esse quae fructus quaerendi, cogendi, conservandi gratia* PARATA *sunt*. — L. 6. D. de Instrum. legat.

(*b*) « Vettovaglia, suppellettili, vestiario, vino » Pothier al Tit. de verb. sign.

(*c*) L. 7. C. quae res pign.

(*d*) L. 8. eod.

(*e*) Aut. Agricultores eod.

(*f*) Baldo e Salyc. ad. d. L. executores. Mantic. de tacit. Lib. 11. Tit. 15. N. 34. Gait de credit. C. 4. Qu. 5. N. 95. Viv. com. opin. §. 208. Anzi invalse la opinione che neppure il patto espresso valesse a rompere una proibizione che ha per iscopo il bene pubblico. Salyc. in d. L. executores. Menoch. cons. 378. N. 2. e 15. Trentacinq. var. res. Tit. de execut. rei jud. concl. 2.

Digitized by Google

finale di essa, permettono di trasportare la teoria sul campo della ipoteca convenzionale. Giacchè l'interesse generale, che il governo imperiale, nel tempo specialmente di sua decadenza, cercava di custodire colla protezione di quell'arte che è più necessaria nel mondo, l'interesse generale, io diceva, non veniva punto offeso da una convenzione per la quale il fondo dovesse passare d'una in altra mano coll'apparecchio e col corredo di tutti i suoi mezzi di produzione. Fu provvido avvedimento non disgiungere l'istrumento fecondatore dal capitale che per esso è sforzato a produrre, e senza il quale la sua virtù rimarrebbe celata nelle viscere della terra. Ma nel primo caso non si ottiene forse lo stesso scopo? Non è forse ugualmente soddisfatto il giusto intento del legislatore, conservando al fondo le sue forze artificiali che rapiscono alla natura ritrosa i tesori nascosti? (*a*) Io non nego, che laddove nella compra-vendita s'intendevano implicitamente compresi gl'immobili per aderenza o incorporati nel fondo, o nell'edificio, che in sostanza ne sono parte (*b*), non si conduceva lo stesso argomento rapporto agl'immobili per destinazione, se non fosse espresso. Si decideva ugualmente in ordine ai legati, perciocchè legato il podere, non s'intendevano legati insieme gl'istrumenti del podere, se la volontà del disponente non era lucidamente espressa (*c*): e appunto in tutto questo è semplicemente quistione di volontà. La giusta apprensione del legislatore cadeva sul fatto violento di una esecuzione che, strappando i mezzi del lavoro all'oppresso colono, lo avrebbe lasciato solo e deserto sul fondo ad inaffiarlo, per così dire, delle sue lagrime; il legislatore fu commosso a questa sospensione funesta delle operazioni agricole (*d*). Guidato da un principio diverso quanto alla

---

(*a*) *Instrumenta* — che diciamo *istrumenti*, *scritture:* mezzi artificiali a produrre in luce i fatti giuridici. L. 22. Tit. 4. de fide instrum.

(*b*) L. 13. §. fin. e 17. de act. empt. vend.

(*c*) Dig. Lib. XXXII. Tit. VII. pos. Perciò il principio — *instrumentum fundi non est pars fundi* — non riguarda la natura delle cose, ma si riferisce al modo di considerarle, cioè alla volontà.

(*d*) La giurisprudenza ha poi estesa l'applicazione di questa idea agl'istrumenti delle altre arti, a certe proprietà la cui personale inammovibilità interessa l'ordine pubblico; agli stipendî dei militari, degli impiegati, degli ecclesiastici ecc.

Digitized by Google

virtualità della ipoteca, ben vide che non si poteva temer danno sì flagrante; avvegnachè uscendo il podere dalle mani del debitore afflitto, e passando in quelle del creditore o di un acquisitore qualunque, la più comoda e agiata condizione di costui era malleverìa ben sufficiente di una buona coltura.

§. CXC.

Degl'immobili per destinazione secondo i sistemi moderni. Quale soverchia estensione importi nel sistema francese il vocabolo — destinazione —; *e dei moltiplici aspetti di quella idea.*

1. L'art. 5. della legge 9. Messidoro anno III. poneva sotto il dominio della ipoteca « le proprietà dei beni territoriali che sono nel commercio, o che possono essere alienati, *dei loro accessorî inerenti o stabiliti a perpetuità, non che dei frutti non raccolti; dei boschi non tagliati e delle servitù fondiarie.* L'art. 6. della legge 11. brumajo anno VII. adottava una forma più ristretta ». *Sono suscettibili d'ipoteca* i beni territoriali trasmissibili, non chè *i loro accessorî inerenti* ». Il codice non accettò la espressione d'*inerenza*, ripetuta ancora due volte nel progetto di Cambacèrès *(et leurs accessoires inherents)*; nè quella della Commissione *leurs accessoires*, ma usò invece questa larga formula di relazione — *leurs accessoires rèputèes immeubles.* —

Questa locuzione passò in tutti i nostri codici; solamente l'austriaco, colla forza del pensiero germanico, trovò forme mirabili di precisione e di chiarezza. (§. CXCVI.). Il regolamento pontificio non imitò servilmente il francese dicendo nel §. 107. « I mobili inerenti agli edifizî urbani, e i semoventi destinati a formare la dote o l'istrumento dei fondi rustici, sono compresi nella ipoteca a cui soggiacciono i fondi ». E nell'art. 108. « Tale ipoteca non potrà costituirsi separatamente; durerà finchè i mobili o semoventi rimarranno nella loro destinazione; non si seguono quando sono distratti ».

2. Il Codice francese, e su quei passi il Codice di Napoli, Sardegna, Modena e Parma estendono il gravame ipotecario a tutti

Digitized by Google

quei mobili che sono riputati immobili nelle loro leggi rispettive. Ciò è veramente troppo. La legge pontificia v' induce una limitazione lodevole. Nel tipo francese è qualcosa di strano, vedere spinti sotto la ipoteca *i piccioni delle colombaje; i conigli delle conigliere; gli alveari e simili* (art. 522.); e perchè non anche *i bachi da seta?* Il legislatore Sardo lo vide, e nominatamente escluse il prezioso insetto, che non spiegherebbe le maraviglie delle sue trasformazioni se la mano dell' uomo non lo educasse, se non fosse protetto dalle sue cure; onde fu savio proporlo fra i prodotti dell' industria. Art. 404. In generale, come dice Proudhon (*a*), si può affermare che gli animali che il coltivatore proprietario affigge alla coltivazione, sono immobili per destinazione, secondo lo spirito del codice: ma le api, i conigli, e aggiungi i polli (*b*), i suini, le pecore, e simili rappresentano industrie speciali che il proprietario sviluppa nella occasione e coi mezzi del podere, ma come possono dirsi serventi alla coltivazione? Non s' intende come il proprietario debitore abbia voluto imporre il giogo della ipoteca a tutte queste esistenze minute, e sfuggiasche, che possono nutrirsi dei prodotti del campo, ma sono sì lontane dal cooperare colle loro forze alla coltura, quanto l' atto che distrugge è lontano da quello che crea e feconda (*c*). Io sono in questo

---

(*a*) Domaine de proprietè. §. 114. N. 5.

(*b*) Non magis quam pulli, ac caetera animalia, quae in fundo sunt. L. 16. D. de act. empt. vend. *Pulli non sunt aedium* e diceva bene.

(*c*) Delle pecore può dirsi che forniscono un buon concime, e che sogliono tenersi allo scopo di letamare il campo. Lasciando stare della dimora momentanea e transitoria delle mandre che scendono d' inverno dai monti alla pianura, quelle che fossero perennemente nutrite nella tenuta non sarebbero per ciò istrumenti d' agricoltura, ma secondo quei codici dovrebbero considerarsi *immobili per destinazione*. È buona la dimostrazione di Delvincourt T. 2. N. 204. e di Chavot Traité de la proprietè mobilière N. 37. Che se l' armento (parlando di animali grossi specialmente) è tenuto sul fondo per ingrassare ed esser rivenduto, o in massa o per individui, tutto ciò è mobile; non così se il fine principale è quello di fornir concime alla terra: ma in pratica quante risposte, e quante difficoltà!

Digitized by Google

avviso che i legislatori non ci abbian fatto osservazione. Sul comprendere tutte queste cose in una vendìta che suppone la presenza di un fondo popolato di tutti questi esseri che quasi *venuntur* per così dire con lui; di un fondo che si cede come si trova, non farei molta difficoltà; ma è duro a intendere come la stessa volontà sia entrata nella mente di colui che ha dato semplicemente una ipoteca, e che si è riserbato l'arbitrio di tutte le forme possibili d'uso e di godimento.

3. Non distruggo la legge per ciò; ma mi prendo la briga di censurarla, e lodo il legislatore Pontefice che escluse dalla influenza della ipoteca — *tutti gli oggetti non compresi nel* §. 104. *sebbene dal diritto comune considerati come immobili.* Invece i codici di tipo francese vi pongon dentro tutti gl'immobili per destinazione che il diritto comune reputa tali nelle sue giuridiche attribuzioni dell'Immobile. La legislazione Toscana (V. art. IV. sopra), che in molte parti si accosta alla pontificia, fu non meno diligente nella espressione, nè meno misurata nelle idee.

4. La *destinazione* del proprietario è davvero una cosa troppo vaga e disputabile, per potersene fare un solido appoggio ipotecario. Ho avvertito (N. 2.) che i giureconsulti francesi non esitano nel sostenere che le varie enumerazioni dell'art. 524. non sono che esemplari (*a*). Se ci fossero ancora fra noi schiavi lavoratori del fondo, non è a dubitarsi che colle api e coi colombi verrebbero ancor essi (*b*). Quanto più s'estende nei mobili la suscettibilità d'immobilizzarsi idealmente, cresce la difficoltà di determinar bene quel concetto. La giurisprudenza non dice quanto tempo si richiegga affinchè la permanenza del mobile in un

---

(*a*) Les autres objets indiquès pur le même article sont rapporteés non seulement pour les dèclarer immeubles par destination, *mais encore comme exemples qui doivent servir au juge de direction et de point* de comparation dans tous les cas non prevus. Goupil. Prèfeln.

(*b*) Una ordinanza reale di Francia del 1685 dichiarava *immobili* gli schiavi destinati alla coltura. Ond'è che i negri dai 14 ai 60 anni stanno attaccati ai campi dello zucchero, come animali aratorj che però si liberano dal giogo quando son vecchi: art. 48 della detta ordinanza.

Digitized by Google

dato luogo faccia supporre la destinazione. Nè quali siano i caratteri esteriori dimostranti quella volontà del proprietario. S'intende che ciò che è fissato nel muro, un quadro, una lampada, fa credere alla sua destinazione spiegata dal fatto materiale *dell' aderenza;* laonde l'aderenza fa sempre supporre la destinazione, non viceversa. Ma facendo quei codici ben espressa distinzione fra gl'immobili per aderenza e quelli per destinazione, dicon chiaro che il primo è deciso dal fatto materiale, dal fatto intellettuale il secondo, molto più esposto al pericolo della controversia.

§. CXCI.

Continuazione dell' argomento.

1. Il Codice Pontificio, restringendo i semoventi immobilizzati a quelli che *formano la dote del fondo* (art. 110.) ha evitate alcune delle quistioni che sogliono elevarsi nelle altre legislazioni rapporto al numero degli animali che il proprietario vi mantiene; ma è vera sentenza di quei comentatori che la semplice stanza degli animali sul fondo, e l'essere acconci a lavorare la terra, non basta a tenerli immobili per destinazione; ma si vuole che siano proprio necessarî alla coltura (*a*). Proudhon rileva giustamente che, trattandosi di affitto, può aversi un carattere di destinazione che non ha sempre la stessa evidenza in fatto di coltivazione diretta dalla mano del proprietario. Nel primo caso è un atto reale di destinazione la consegna che fa il proprietario al conduttore di una certa quantità di animali applicata alla coltivazione: separazione fisica (*b*) che esprime la volontà nel modo più incontrastabile.

(*a*) Hennequin e Proudhon not. al N. 115. Non senza leggerezza quell' autore dice « la difference (fra la legislazione francese e la romana) c' est qu' in France, les bestiaux peuvent être immobilisés dans une certaine proportion; transformation que le droit romain n' autorisait pas » Chi ha detto questo al sig. Hennequin?

(*b*) Adotto la espressione di Proudhon N. 115.

Digitized by Google

2. Quella collezione di vacche che si travaglia nel lavorio specialmente del latte e dei formaggi, e che noi chiamiamo *cascine*, non è istrumento del fondo; ma piuttosto un mezzo industriale che si alimenta dei prodotti del fondo, estraneo alla sua ordinaria e naturale coltura. Il regolamento pontificio ne ha pronunciato la esclusione nel §. 106. N. 2. Secondo i nostri codici alla francese, bisogna comprendere quel gregge nella ipoteca. Per tutta ragione si osserva che la distrazione di esse farebbe cadere il fondo in una condizione assai meno vantaggiosa; specialmente se tale industria ne rappresentasse il principale prodotto. Diremo lo stesso *delle razze dei cavalli*, delle *manzolerie*, di qualunque altro allevamento di animali utili, benchè allo scopo di venderli. Questo io credo vero e da doversi tenere secondo la giurisprudenza francese. Nel diritto romano si trova una bella distinzione in materia di legati. Se l'oggetto economico del pecorile è quello soltanto di ricavarne una vendita col commercio delle lane, dei formaggi, dei nuovi nati, non si comprende nel legato del fondo instrutto; il contrario avviene se il fondo non potesse dare altra rendita che con questo mezzo (*a*). I romani avevano studiata la natura e le attinenze del dominio con una sagacità maravigliosa.

3. I buoi destinati all'ingrasso e alla mazza del beccajo non sono *immobili per destinazione* (*b*). Non saranno tali i vasi vinarî, in cui il proprietario raccoglie non solo il vino della tenuta, ma altro ancora che trae da altri fondi, o acquista da altri proprietarî, per farne una rivendita, ed esercitare un commercio.

4. Fin qui abbiam parlato di animali utili e di oggetto economico. È nei principî della giurisprudenza francese il comprender nell'immobile ipotecato gli animali di piacere e di lusso: i cinghiali per esempio ed i cervi che popolano le deliziose boscaglie di fortunati proprietarî? Io tengo questa opinione.

5. Non debbo estendermi di più sopra un soggetto che, considerato negl'immensi suoi particolari, potrebbe dirsi inesauribile.

(*a*) Quia per greges fructus ex saltu percipiuntur. L. 9. D. de instrutto vel instr. leg.

(*b*) Proudhon N. 119.

Digitized by Google

Dirò qualche cosa del seguente articolo, ripetuto nei nostri codici (*a*). « Sono immobili per destinazione . . . *gli utensili necessarî all' uso delle fucine cartiere ed altre fabbriche* ». Senza dubbio la retta applicazione di questa legge suppone, come taluno osservò, una vastità di cognizioni quanta si esige dal portentoso incremento di tutte le arti, e dalle inaudite invenzioni dei tempi moderni. Le quistioni ipotecarie da tutti codesti trovati hanno acquistata non poca estensione. Vi hanno delle macchine che si raccomandano al suolo, e tra per la corporale loro congiunzione e per la diffusione delle opere avanzate, le chiameremo così, di condotti, chiaviche, dighe, manufatti d' ogni maniera, sono veramente edificî, e vanno fra gl' immobili propriamente detti. Di questa specie sono le macchine idrofore. La legge pontificia, ricordando *i mulini fissi e struttili* (§. 105.), saviamente estese *la regola e la disposizione ad altri opificî di simil genere* (*b*). Resterà a vedere se debbano riputarsi o no immobili per destinazione le macchine che servono all' agricoltura; e quelle che si attengono al suolo chiaramente vi sono comprese. Nè le vaganti, e che tuttavia sono destinate perpetuamente alla coltivazione del fondo, secondo il sistema francese potranno escludersi (*c*).

Ma giusta la legislazione pontificia ci sarebbe maggiore difficoltà. I tribunali non si sono ancora pronunciati sopra siffatte quistioni con una uniformità bastante a formar massima. Per quella legislazione, e per la toscana, si comprendono bensì *gl' istrumenti dei fondi rustici*, ma (meno le macchine fissate al suolo, che come

(*a*) Due Sicilie art. 447. Sardegna 404. Modena 413. Parma 379. che aggiunge « Che se le fucine, cartiere, ed altre fabbriche vengono date in affitto, saranno parimenti immobili tutte le cose del proprietario consegnate al fittajuolo ».

(*b*) « Dolia, fictiliae, item plumbea, quibus terra adgesta est, et in his viridaria posita, aedium esse Labeo, et Trebatius putant; ita id verum puto si ita alligata sint aedibus, ut ibi perpetuo posita sint. L. 26. D. de instructo et instr. legat.

(*c*) « *L' acquedotto* prediale si deve qualificare e porre nel novero dei beni stabili » Romagnosi. Rag. civ. delle acque. L. 1. C. 1.

Digitized by Google

ho detto, si governano col principio dell'unione terriera) quegli altri mezzi, sostituiti all'opera manuale, e che formano un ricco e straordinario corredo di attrezzi e d'istrumenti, di gran costo, e proprio solo di alcuni grandi proprietarî, non vorrei crederli contenuti nella semplicità di quell'articolo, se il sistema della coltura non fosse tale che gl'istrumenti ordinarî e consueti ne fossero banditi. E anche in tal caso si converrebbe una certa parsimonia e prudenza per non render troppo oneroso e gravante a lui stesso direi quasi il genio industriale dell'agricoltore.

6. È interessantissima in questa materia la quistione *del luogo* in cui siano conservati quegli oggetti. La finzione legale ha bisogno di costituirsi sopra dati imitativi l'ordine naturale delle cose, come una rappresentazione scenica. Proudhon è di parere che, in qualunque modo gli animali attaccati alla coltura (attachès à un domaine) siano alimentati, considerati come agenti necessarî del lavoro agricola, sono sempre immobilizzati (*a*). Ma se questi animali fossero custoditi in luogo lontano, sopra una diversa possessione, per essere o no impiegati in altri servigi agrarî, come si potrebbe fingere ch'essi facciano parte integrante del fondo da cui sono materialmente divisi, sul cui suolo non giacciono, non riposano, non dimorano, non lavorano abitualmente? Se è vero che il mobile, divenuto immobile per destinazione, rientra nella sua natura vaga ed instabile, quando se ne distacca, come ragionerà il §. seguente, lo stesso dovrà dirsi degli animali che vengono di lontano per arare la terra, poi se ne tornano al loro consueto domicilio. Giudicando diversamente ne verrebbe, che questi animali sarebbero nello stesso tempo attinenti a fondi diversi, a quello dove dimorano, dove hanno il nutrimento, dove spargono i concimi; e a quello a cui si trasportano per le arature e per ogni bisogno, di cui sono veramente *istrumento*, benchè non vi siano addetti. La *destinazione* vuol essere rigorosamente determinata; ciò che rispetto a quella fa la logica che ha d'uopo del soccorso razionale, l'apprensione fisica fa *dell'aderenza* che è un fatto materiale incontrastabile; donde nasce che questa produce

(*a*) Chap. VI. §. 120.

Digitized by Google

sempre e costantemente gli effetti della immobilizzazione; non così quella che può non produrlo, benchè una *destinazione* esista senza alcun dubbio; e mi spiego. Può apparire evidente che il proprietario ha destinato quegl' istrumenti di coltivazione ai servigi delle sue varie possessioni, senza che appaja una destinazione speciale e propria di una di esse (*a*). Ogni volta che si volesse farne l' applicazione a uno di quei corpi singolarmente, osterebbe sempre la eccezione che il voto del proprietario non è soddisfatto, giacchè quegli stessi strumenti servono ad altri corpi, e ad altri bisogni.

7. È osservabile il caso del mezzadro. Quanto *al conduttore che immette i capitali della conduzione, è già fissato ch' essi non vengono nella ipoteca*, perchè la interposizione di una terza persona guasta, per così esprimermi, il prestigio; salvochè non sia obbligato a riporveli in luogo dallo stesso proprietario. Credo che si debba tenere la stessa massima nel caso del mezzadro, proprietario a metà degl' istrumenti, giacchè qualora si volesse asserire che i capitali del proprietario sono applicati all' agricoltura, si risponderebbe che non quelli soltanto, ma congiuntamente alla metà che spetta al mezzadro; *e non può concepirsi ipotecabile fuorchè il complesso dei materiali che costituiscono l' istrumento atto a soddisfare i bisogni dell' agricoltura in una data estensione di terra.*

§. CXCII.

Il diritto della destinazione non appartiene nè al conduttore nè all' usufruttuario.

1. In generale la *destinazione* è il decreto e la legge che emana dal proprietario; nè il conduttore, nè l' usufruttuario hanno tale diritto. L' uno e l' altro si ritengono avere allogati i mobili e i capitali sul fondo per quel tempo solamente che in essi dee

---

(*a*) Pothier Trattato della Comunione N. 37. e segg. E intorno alle pertinenze *degli edifizi e dei mobili incorporati*, vedi lo stesso Pothier in quel Trattato N. 47. e segg.

Digitized by Google

durare il godimento (*a*). Su questo punto, e rapporto ad alcuni effetti importantissimi, gli scrittori francesi si dividono; e giova spenderci un po' di esame.

2. Non abbiam ommesso di avvertire in alcune parti del nostro discorso che la quistione della immobilizzazione si estende a più oggetti; quindi è che, quantunque sembri dominata da una teoria comune, veduta bene addentro, il poligono dirò così della quistione si manifesta. Ella può considerarsi in varî modi 1.° rispetto alla vendita, alienazione, e trasporto della proprietà per sapere quali siano gli accessorî che vi sono implicitamente compresi 2.° rispetto alle esecuzioni forzose, ai sequestri, agli oppignoramenti, per conoscere a quali cose si estendano, o possono estendersi 3.° rispetto al pegno e alla ipoteca per misurarne la materiale efficacia 4.° nei paesi dove regna il complicato sistema della comunione conjugale, è d'uopo giudicare della qualità dei beni per inferirne se siano o no comuni.

3. La prima e la terza ricerca non interessa gran fatto la posizione dell'usufruttuario. L'usufruttuario non può alienare il fondo; non può darlo a pegno o ipoteca. Quindi è vano domandare se nell'uno o nell'altro caso vengano gl'*istrumenti* ch'egli avesse collocati sul fondo per coltivarlo. La vendita non toglierebbe il diritto dell'usufrutto; il quale dovrebbe continuare sino alla morte naturale dell'usufruttuario, che intanto seguiterebbe a godere il fondo con tutti i suoi mezzi. Anche la quarta specie sembra aver perduta importanza dopo le provvisioni dei codici che mantengono ancora il reggime della comunione (*b*). Resta dunque limitata la osservazione al secondo caso — a quello cioè *della esecuzione*.

Difatti il Duranton, e gli altri che vi han posto mente parlano della esecuzione. Sostiene quell'autore gravissimo che gl'istrumenti

---

(*a*) Pothier della Comunione Par. I. Cap. II. N. 37. nel caso di un molino a vento.

(*b*) Il tema era grave, penoso, difficile negli antichi statuti di Francia che mirabilmente illustrava il Pothier. V. specialmente il Trattato della Comunione N. 44. e segg. N. 63. e segg.

Digitized by Google

della coltivazione, che adopera l'usufruttuario, hanno a considerarsi come immobili all'effetto di non potersi oppignorare separatamente dal fondo, e per debiti di esso usufruttuario (*a*). Il quale rappresenta perfettamente il proprietario, continua il Duranton, nel limite e nel giro del proprio diritto. Solamente estinguendosi l'usufrutto, le cose, divise dalla causa che le riuniva intellettualmente agl'immobili, rientreranno nella loro natura di mobili.

È di contrario parere il Chavot. Egli dice in sostanza che la legge non dispone che a favore del proprietario; che una finzione non può identificarsi con relazioni di diritto affatto diverse; che fra il perpetuo signore del fondo, e un temporario gaudente, non c'inferenza; che invano si vorrebbe ricorrere al favore dell'agricoltura, giacchè la legge non ebbe punto innanzi agli occhi questa obbiettiva quando permise che la esecuzione cadesse sugli attrezzi, sugl'istrumenti dell'affittuario (*b*). Quistione che discendeva dall'art. 592. di quella procedura — che vieta di comprendere in un oppignoramento mobiliare gl'immobili per destinazione. Preferirei, fra queste due, l'opinione del Duranton.

§. CXCIII.

Si può stipulare che gli accessorî riputati immobili non sono colpiti dalla ipoteca.

Questo insegnamento del Duranton — N. 253. — è giusto. Esso è fondato nell'art. 1134. (Codice francese) perchè le convenzioni valide sono leggi fra i contraenti. E non vi ha legge difatti che lo proibisca. Si dee dire ugualmente delle altre legislazioni. Lontano che ci sia in tutto questo opposizione coll'interesse generale, abbiamo già notato (§§. CXC. CXCI.) molti inconvenienti nelle disposizioni contrarie.

(*a*) Ces objets ne tombent point dans sa communaotè; *et non peut les saisir sur lui par saisie execution* — Tom. 4. N. 39.

(*b*) De la proprietè mobil. N. 34.

Digitized by Google

§. CXCIV.

Essendo sempre in facoltà del debitore di disporre degl' immobili per destinazione, malgrado la ipoteca che li colpisce, si esamina quale sia il valore di tale ipoteca.

1. Che ipoteca è mai quella che *cade sugl' immobili per destinazione?* Siamo tutti concordi ch' essi sono in balìa del debitore, che può levarli dal fondo, quando vuole, variare destinazione, alienarli senza responsabilità veruna. Non dubitiamo neppure, che non sia inutile una ipoteca iscritta su quegl' immobili fittizî separatamente dall' immobile per natura col quale si associano (*a*). Cosa ci ha dunque in tale ipoteca che non sia illusione?

Se l' edifizio ipotecato comincia a demolirsi, se le più vegete piante del campo vengono a cadere sotto la mannaja di un debitore che abusa evidentemente del suo possesso, il creditore può farsi incontro a quella ruina, ed efficacemente impedirla. Ma se il debitore spoglia il podere d' ogni forza istrumentale, trasporta, vende animali attrezzi, e disperde le sementi, non gli si può far nulla (*b*). Torno a domandare cosa vi abbia in tale estensione d' ipoteca che non sia illusione?

(*a*) Dalloz Ip. N. 120. N. 7. Troplong. N. 414. bis.

(*b*) Divenuta vacante la eredità di un proprietario di una officina (usine) *il curatore della eredità giacente* aveva venduti, separatamente dal fondo, gli attrezzi delle macchine, già immobili per destinazione. Onde nacque quistione, se il prezzo di essi dovesse distribuirsi per contributo fra tutti i creditori, o cedersi ai soli ipotecarî giusta il rispettivo loro grado. La Corte di Cassazione di Francia nel 4 Febbraio 1817 tenne la seconda sentenza, annullando una decisione della Corte Reale di Donai. Il motivo di decidere era posto nel credere *che la morte del proprietario avesse fissato irrevocabilmente la destinazione;* e che la vendita non poteva essere stata fatta dal curatore che nell' interesse dei creditori ipotecarî. Il Troplong N. 399. disapprova questa decisione, si leva contro il dispotismo della Corte Suprema che non volle vedere come la vendita avesse distrutta la finzione, separando gli accessorî, e disponendo come

Digitized by Google

In due casi la disposizione può aver valore pratico e reale; se *l'oppignoramento che fa il creditore ipotecario ha potuto cogliere col fondo anco gl'istrumenti;* e se *vengasi a contrasto fra creditori ipotecarî e chirografarî.*

2. Nel primo caso gl'istrumenti, immobili per destinazione, verranno dati in vendita insieme al fondo; e il prezzo che si ricaverà da tutti questi elementi riuniti sarà distribuito ai creditori che hanno ipoteca, preferibilmente ai chirografarî.

3. Quasi tutte le quistioni che abbiamo percorse nei due §§. precedenti, e altre analoghe, che sarìa soverchio tutte ricordare, hanno campo di riprodursi a fronte dei creditori ipotecarî, e semplici, disputanti sul prezzo dei mobili che si pretendono immobili per destinazione. Accenno a due, meno infrequenti, che versano sulla materiale esistenza del mobile nel fondo dal quale subisce sì potente attrazione. Cannetti propone una specie (*a*) che mi piace ripetere. A. creditore di B. ha una ipoteca iscritta sopra un podere del debitore, fornito di animali attrezzi e strumenti aratorî, e sulla casa colonica provveduta di cantina, granajo ecc. Altro creditore è C. ma semplicemente chirografario. Costui viene a sapere che gli animali sono stati trasportati dal fondo *per condurli alla fiera e rinnovarli;* o che i tini sono alla officina per essere

---

di cose indipendenti. L'egregio commentatore del Codice Sardo (Pastore all' art. 2167.) confuta il Troplong. E credo che l'italiano abbia ragione. Tutto dipende dal sapere *se il curatore dell' eredità giacente abbia le stesse facoltà del proprietario.* No certo. Egli è semplicemente un amministratore per conto degl' interessati. Non bisogna confonderlo col curatore del pupillo che rappresenta un proprietario incapace, e che sostituisce la propria a una volontà non ancora formata. Qui la proprietà è in azione che, si svolge, progredisce e trasmuta; nell'altro caso abbiamo la proprietà fatta inerte *dalla vacanza, e affidata a un custode per essere conservata.*

Lo stesso deve dirsi dei sindaci di un fallimento.

Il Pastore eleva un dubbio sulla facoltà dell' erede beneficiato; il partito è difficile; io però inclino a vedere nell' erede beneficiato delle facoltà più estese.

(*a*) N. 180.

Digitized by Google

rattoppati. E, côlto il momento, oppignora quelle cose. L'oppignoramento è invalido, nella seconda specie indubitatamente; ma pare anche nella prima, essendochè i buoi furono tratti al mercato coll'animo di cambiarli in altri che fungano lo stesso ufficio di coltivare il medesimo terreno. Oserei una espressione evidentissima; tutto quel branco d'animali, per quanto si muova da un luogo all'altro, è costantemente sotto il zenit della volontà del proprietario, che pende immanente nè mai l'abbandona. *È la potenza della idea;* che tanto signoreggia in questa materia, come in quella del possesso. Ma sarebbe altra cosa, e bisognerebbe venire in diversa conclusione, se i buoi fossero venduti senz'animo di ricomperarne per servire allo stesso scopo (*a*).

La volontà che mosse il proprietario si argomenta dal fatto, e non si può stabilire regola certa. Se incontanente, sullo stesso mercato, si fanno altri acquisti, e il bestiame rinnovato si mena alle stalle consuete per riprendere gli usati servigi, la volontà è manifesta. L'intervallo frapposto alla ricompra, non è sempre indizio d'animo contrario. Quante circostanze possono tardarla! Ma l'intervallo troppo lungo sarebbe obbiezione notevole.

3. Onde l'accessorio immobilizzato, e quindi colpito dall'ipoteca, riassuma la sua natura di mobile, due cose pertanto si esigono 1.° *che sia materialmente diviso dall'immobile* 2.° *che lo sia senz'animo di riporlo fra breve nello stesso luogo.* Il Tribunale Supremo di Cassazione (*b*) giudicò che il legname che ricopriva una fabbrica ipotecata seguitava ad essere percosso dalla ipoteca, malgrado il proprietario l'avesse venduto, e ne avesse conseguito il prezzo, senza però toglierlo dal luogo.

(*a*) Il Cannetti cita molto a proposito un Rescritto interpretativo della Segreteria di Stato 20 Marzo 1838 e una decisione Rotale ferrarens. pecuniar. 10 Dec. 1841. N. 8. 9.

(*b*) Decisione 10 Giugno 1841. Cannetti N. 186.

Digitized by Google

§. CXCV.

Una Decisione della Corte d' appello di Rennes 14 *Luglio* 1849.

Il meccanico Alliot aveva venduta e consegnata a Lainè una macchina a vapore, ed accessori, per servire di motore ad una *minoterie*, stabilita a *Bas-Cöesmes* comune di Leçon (*a*). Per imperfezione della macchina, annullata la vendita, Alliot rimborsò il prezzo in franchi 8000, onde quistione se quel prezzo dovesse assegnarsi ai creditori ipotecarî di Lainè, perchè la macchina avesse a considerarsi come immobile per destinazione; o piuttosto distribuirsi fra tutti i creditori per contributo.

Giustamente fu deciso trattarsi di cose mobili, e tutti i creditori concorrenti dovere parteciparne il prezzo in proporzione dei crediti rispettivi.

La ragione d' ogni altra maggiore era questa che, risoluta la vendita, non c' era di sorta prezzo che rappresentasse il supposto *immobile per destinazione;* d' altra parte non si trova scritto in veruna legge, che le somme che ritornano al venditore per effetto della risoluzione della vendita d' immobili, rappresentino qualche cosa d' immobile.

Che anzi siamo in perfetta opposizione logica. Se il subbietto capace d' ipoteca è l' immobile per destinazione; se una ragionevole induzione della mente nostra trasporta gli stessi diritti dei creditori ipotecarî sul prezzo, non possiamo inferirne che, quando non c' è più l' immobile, perchè diviso dal fondo va a compiere altri destini, l' ipoteca rimanga. Se il prezzo si dissolve col contratto, e il pagamento che si fa non è che un rimborso, le cose adunque ritornano nello stato di prima.

Ora come potrebbe concepirsi che tale quistione si fosse agitata nei Tribunali se già non fosse un fatto? La macchina sarebbe divenuta immobile per destinazione sul fondo di Lainè! Ma l' annullamento metteva le cose in tal condizione come non ci fosse

---

(*a*) Giornale del Foro romano anno 1849-1850. pag. 60.

Digitized by Google

mai stata. Mancava dunque niente meno che l'immobile; e non s'intende come il dubbio si credesse possibile.

§. CXCVI.

Come nel Codice Universale Austriaco sia trattata la materia fin qui discorsa.

« Il diritto di pegno, così il §. 457., *si estende a tutte le parti del pegno* soggette alla libera proprietà di colui che l'ha costituito; *alle accessioni e pertinenze di esso*, e per conseguenza anche ai frutti finchè non siano separati o percetti ».

Il §. 294. determina « pertinenza dicesi tutto ciò che *a qualche cosa è continuamente connesso*. Tal è non solo l'accessione alla cosa, finchè non ne sia separata, ma lo sono ben anche *le cose, senza di cui la cosa principale non servirebbe ad alcun uso; o le quali siano destinate dalla legge o dal proprietario all'uso continuo della cosa principale* ».

§. 295. « L'erba, gli alberi, i frutti e tutte le cose utili che la terra produce sulla sua superficie, rimangono sostanza immobile fino a tanto che non siano separate dal suolo. Anche i pesci nelle peschiere, o gli animali selvatici nei boschi, allora soltanto diventano un bene mobile quando i primi sono levati dalle peschiere, ed i secondi uccisi o presi ».

§. 296. « I grani parimente, le legna, ciò che serve al nutrimento degli animali e tutti gli altri frutti, benchè già raccolti, e così pure tutti gli animali e tutti gl'istrumenti rurali e gli utensili appartenenti al fondo, si considerano fra le cose immobili fino a tanto che sono necessarî alla continuazione dell'ordinaria economica amministrazione del fondo ».

§. 297. « Per egual modo appartengono alle cose immobili quelle che vengono erette sul fondo coll'intenzione che vi stiano permanenti, come le case e gli altri edifizî, con tutto il raggio d'aria perpendicolare al fondo; così pure non solo le cose fisse nella terra o nel muro, o assicurate con ferro o con chiodi, a cagione d'esempio le caldaje destinate alla fabbricazione della birra o dell'acquavite, e gli armadj incastrati nei muri, ma le cose

Digitized by Google

eziandio destinate all'uso continuo d'un tutto, come a dimostrazione d'esempio le secchie per cavar acqua, le corde, le catene, gli attrezzi per ispegnere il fuoco e simili ».

2. Tutto questo è lo sviluppo del principio fondamentale, *l'Individuità della Ipoteca.* Le varietà che vi sono introdotte mostrano la influenza *dell'elemento convenzionale* che vi abbiamo già ravvisato (§. LXXX.).

Con molta proprietà il Codice Austriaco usò il vocabolo *pertinenza* in luogo di *accessione:* idea bene definita nel §. 404. « L'accessione *è tutto ciò che nasce dalla cosa o ad essa si aggiunge senza che al proprietario sia consegnata ad un altro. L'accessione si fa per arte o per l'una o per l'altra insieme.*

Nell'ordine logico *pertinenza* esprime *l'effetto,* laddove *accessione* è la causa. Tutto ciò che accede al fondo è pertinenza di esso fondo; ma nella precisione del suo linguaggio giuridico il Codice assegnò al vocabolo *pertinenza* il significato di *accessione artificiale.*

Qui si è felicemente riprodotta la tradizione di Bartolo — *Quod accedit fundo,* venit in obligationem (*a*). — *L'alluvione,* che per virtù naturale aumenta la superficie del fondo, è la idea tipica di questo svolgimento (*b*).

Questo Codice non esordì con parole equivoche quando si trattò di porre la pietra fondamentale dell'edificio ipotecario (*c*). Non si lasciò indovinare, usando quelle locuzioni evidentissime di *accessioni e pertinenze* che ai rispettivi luoghi aveva spiegate con rara esattezza. *L'istrumento* che bastò agli altri Codici, racchiude, è vero, la idea *di mezzo e di fine,* ma quando uno si prova a definirlo sotto il fuoco di una battaglia forense, non fa che suscitare

---

(*a*) Ad L. 16. D. de pign. et hyp.

(*b*) Si fundus hypothecae datus sit, deinde *alluvione major factus est,* totus obligabitur. Marcian. Libro singul. ad formul. hypotec. Dig. L. 16. in princ. Saviamente i nostri dotti amici Chiesi N. 781. e Carabelli §. XLVI. N. 5. notano *che le isole nate nel fiume,* come separate dall'area ipotecata, rappresentano un nuovo acquisto.

(*c*) Vedi il §. CXI. N. 2.

Digitized by Google

quistioni. La parafrasi della parte seconda del trascritto §. 294. fa sentire la necessità e la convenienza dell'addietto, ed esclude la controversia che nasce dal vocabolo indefinito. Tutto ciò che la *destinazione* può avere d'ideologico e d'astratto, è purgato dal richiamo pratico *dell'uso continuo della cosa principale.* L'esemplificazioni portate dal §. 297. spargono luce su tutte le quistioni analoghe; l'avere avvertito, parlando di edifizî, *che tutto il raggio d'aria perpendicolare al fondo* appartiene all'immobile, è un pensiero che suppone nel legislatore una accuratezza veramente ammirabile; il §. 296. non è una novità; ma ha il pregio di una espressione felice che è sempre l'effetto di una profonda elaborazione della idea.

§. CXCVII.

Dei frutti. Acquisto del dominio e possesso dei frutti divisi dal suolo. Opinioni di Proudhon, Savignî, Vangerow, e Janssen.

1. I frutti costituiscono la vera utilità del fondo, e per conseguenza il suo valore economico. Vi hanno dei prodotti immediati, e altri che meglio si chiamano industriali. Della prima categoria sono tutti quelli che nella infinita varietà loro nascono dal suolo secondo gli ordini di natura (*a*). Io farei degl'industriali una categoria molto distinta; e direi esser quelli propriamente creati dalla intelligenza e dalla mano dell'uomo che traendo a se, e sotto l'azione del lavoro, gli elementi sparsi nell'immenso campo della natura, ne compone una cosa nuova, la cui forma e il cui uso non ha punto il suo tipo in una legge naturale, ma in un concetto artificiale dell'umana ragione. Non escludo il concorso di quell'elemento che si chiama *terra;* e ne dò un volgare esempio nello scavamento, e nella fornace che, indurando le zolle estratte colla virtù del fuoco, forma le pietre. Frutto *industriale*

(*a*) Quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est. L. 9. D. de usufr.

Digitized by Google

è quello eziandio di un edificio avviato ad uso di locanda, in cui l'elemento dell'attività personale prepondera senza misura sull'ordinaria capacità che hanno gli edificî di render frutto coll'uso e coll'abitazione. Non converrei poi in verun modo nella partizione francese, che qualifica frutti industriali quelli che si ottengono mediante la coltura (§. 583.); giacchè se l'uomo eccita per così dire e ridesta le forze latenti della natura, e nel seme fornisce la materia del suo operare, e nella coltivazione ajuta lo sviluppo, niuno sarà che si attenti paragonare la importanza di questo lavoro iniziale e ausiliario, a quello che la natura fa da se, per miracolo della Provvidenza, nel misterioso influsso de' suoi agenti che vi concorrono da tutte le parti del sistema mondiale.

2. Questo fu il concetto degli antichi (*a*). Limitando i frutti naturali a quelli che *la terra produce da se stessa*, come fa il codice francese, quanto fu immiserita quella idea! Onde il commentatore, aggirandosi intorno a quel pensiero senza migliorarlo (*b*), fu costretto restringere le grandiose produzioni della natura — *all' erba che nasce da se nei prati, e agli alberi che crescono nelle foreste* (*c*). — La giuridica dovrebbe astenersi dal definire, o dovrebbe farlo con molta chiarezza, e a un ben determinato scopo. Io preferisco la semplicità del testo romano, che nell'uso e nella fruizione della cosa altrui, salva la sostanza, vi dà la idea chiara dell'usufrutto (*d*). Eccetto il codice delle Due Sicilie che traduce il francese (*e*), gli altri nostri codici, benchè di

---

(*a*) Parlando del possessore di buona fede dice l'Imperadore nelle istituzioni — *Naturali* ratione placuit fructus quos percepit, ejus esse *pro cultura et cura*. §. 35. Inst. Lib. II. Tit. I. Eppure il Taglioni nella sua nota al Codice citò questa legge come concordante dell'art. 583! Tanto è superficiale e inesatta quella compilazione!

(*b*) Proudhon — Diritto d'access. relativam. agli immob. N. 545.

(*c*) Vi aggiunge i parti degli animali. Ma il diritto romano, ponendo, com'è giusto, quei prodotti fra i frutti naturali, li parifica agli altri frutti che rende il suolo nella L. 48. D. de adquir. rer. dom.

(*d*) L. 1. D. de usufr.

(*e*) Art. 508.

Digitized by Google

quella scuola, non accettarono la redazione. Contuttociò, amplificando le parole, espressero lo stesso concetto (*a*). Il Codice Sardo, vedendo che già il bisogno non c'era, si astenne dal definire. L'austriaco diede all'usufruttuario il diritto *su tutta la rendita tanto ordinaria che straordinaria* (§. 514.), e anche questa volta bisogna lodarlo di fino giudizio. Con questa forma il concetto differenziale riesce assai più evidente.

3. Checchessia di tali distinzioni in faccia alla scienza, la quistione ipotecaria ha circoscritto il suo campo nei limiti di quei frutti che si svolgono dal suolo, e de' suoi rappresentativi, i fitti del suolo, e le rendite civili degli edifizi. E di questi parlando, poco c'importa conoscere *il minor o maggior grado di spontaneità* con cui la madre terra li vien generando, e li versa benefica sugli umani bisogni; e quanto vi possa l'impulso della industria, e quanto questa si sposi alla virtù arcana della natura. Havvi piuttosto un'altra ricerca interessante: ed è, come abbiasi a spiegare il fenomeno giuridico della *immobilità* dei frutti, incontrastabile, finchè stanno attaccati alla terra (*b*); della loro *mobilità*, quando ne sono divisi; e come da immobili passando allo stato di mobili, possano immobilizzarsi ancora in un certo stadio della procedura, per venire a congiungersi col prezzo che si distribuisce ai creditori ipotecari.

4. Veramente non è controverso che i frutti, tagliati o strappati dal suolo, d'immobili ch'erano, acquistan l'essere di mobili per la considerazione specialmente del fine per cui natura li produce, come dice molto bene il Proudhon (*c*). Ma se per tale mutazione, i frutti si acquistino al padrone in forza dell'identico diritto che ha sul suolo, o per qualche nuova e diversa causa giuridica, è disputa che ferve in Germania fra quegl'ingegni potenti.

(*a*) Modena art. 447. 448. — Parma 432. 433.

(*b*) L. 44. D. de rei vindicat. Cujac. ad. d. L. — L. 25. D. de usur. Galli de fructibus Disput. 11. art. 1.

(*c*) N. 92.

Digitized by Google

Sappiamo da una dissertazione del Janssen (*a*) che su questo articolo di diritto andarono divisi i pareri di due celebri Giureconsulti, il Savignì e il Vangerow. Nasce la quistione da ciò, che colui che raccoglie i frutti e se li appropria, non è sempre lo stesso padrone. Ora chi non è padrone del suolo come può diventarlo dei frutti? Il fenomeno non sarebbe men vero ancorchè non vi si potesse trovare una spiegazione soddisfacente. Essendo certo che l'usufruttuario, il conduttore, e il possessore di buona fede fanno *suoi* i frutti che nascono sull'altrui fondo (*b*). Forse la scienza, che non può rifiutare i fatti legislativi, tenta coordinarli a dei principî onde la giuridica non riesca ad un vago empirismo; oppure, accettando i fatti legislativi come storia, e penetrando nello spirito del legislatore, si vogliono dedurre dei corollarî teoretici che servano essi stessi al complemento della storia? In generale quei forti intelletti germanici hanno questa tendenza. Completare la storia del diritto. Completare la storia, non è formare delle teorie nuove: è illustrare quello che già esiste. Sotto questo rispetto, quei benemeriti ristoratori del diritto furono a torto accusati d'astrazione.

5. Così la scuola storica domandava alla storia la spiegazione di quel fatto che pareva eccezionale nella logica del diritto. Sostenne il Savignì che solamente colui che ha il dominio del fondo può avere il dominio dei frutti, comecchè separati dal suolo. Ne seguiterà che il possessore di buona fede non potrebbe dirsi avere il dominio dei frutti, ma solo un possesso di buona fede. L'argomento veniva sorretto da una similitudine. Si pareggia la separazione dei frutti dal suolo alla separazione di una parte dell'edificio dal corpo dello stesso edificio; il che si nega dal Vangerow che mantiene *non essere sui frutti lo stesso dominio che sulla cosa, ma bensì un dominio derivato da quello.*

(*a*) Tradotta dal Bosellini, e riferita nell'Irnerio fascicoli 15 e 16. 1856 pag. 163.

(*b*) I Tedeschi sogliono aggiungervi *l'enfiteuta*, ma in costui non può sconoscersi un dominio utile; e la sua fruizione giuridica è assai diversa dagli altri sunnominati.

Digitized by Google

Ciò che distingue la scuola storica, giova ripeterlo, è l'invocare che fa le decisioni scientifiche dal testo, e secondariamente dal ragionamento in quanto illustri le sorgenti del diritto. Onde la opposizione di Vangerow si appoggiava a quei testi nei quali è apertamente dichiarato il dominio dei frutti nel possessore di buona fede. Io che non posso farne l'analisi, come la dissertazione del Janssen, mi limito a indicarli. E sono *la L.* 48. *D. de furtis; le LL.* 4. 5. 19. *D. de usurpat. et usucap., le LL.* 25. §. 1. *e* 28. *D. de usuris; e il* §. 39. *Inst. de rer. divis.* Altri testi si adducono dalla parte contraria; *la L.* 4. §. 2. *D. finium regund. L.* 40. *D. de adquir. rer. domin.* §. 2. *Inst. de offic. jud. L.* 22. *C. de rei vindicat.* Agli studiosi del diritto basteranno questi accenni per esaminare, volendo, la forza di quelle opinioni. Savigni osserva che per quelle leggi è stabilito, che *il possessore di buona fede fa suoi solamente i frutti consunti.* Risponde il Vangerow, che i testi non escludono che il possessore di buona fede non possa far suoi anche i frutti non consunti; ma solo fermano invariabilmente che in *nessun caso restituisce i frutti consunti.* Ma dice in opposto il Windscheid, che quella locuzione *far suoi i frutti* è inesatta, significando semplicemente che gli *è concesso di consumarli.* Inoltre ci ricorda che altre espressioni delle fonti *sono anche più esplicite nell' attribuire al possessore di buona fede i frutti pleno jure* (LL. 25. §. 1. 28. de usuris).

6. Praticamente parlando, si vede che la cosa non può essere altrimenti. Non può concepirsi un conduttore, un usufruttuario non abbiente la facoltà dei frutti. Non è difficile a concludere che, per questo rispetto, amendue costoro *loco domini sunt*, questo *jure servitutis* sul fondo di lui, quello come derivato da lui. Perciò l'acume degl'interpreti si è esercitato sulla situazione anomala del possessore di buona fede, che non ha verun principio derivativo dal proprietario, nè gli sovrasta per qualche diritto reale. Era impossibile stabilire che il possessore di buona fede avesse causa dal proprietario, stando all'incontro ch'egli si trova in una posizione opposta. D'altra parte questo medesimo fatto della percezione dei frutti, benchè difeso da una incessante buona fede, non produce sempre gli stessi effetti a favore del possessore. Difatti egli deve restituire i frutti esistenti, assolto solamente dalla restituzione dei

Digitized by Google

consunti. Vi ha dunque qualche cosa di relativo, di speciale, di accomodato a' quella peculiare situazione.

§. CXCVIII.

Della immobilizzazione dei frutti quanto agli effetti ipotecari.

1. Così è. Ma finchè ci aggiriamo entro i positivi del diritto civile, non potremo cogliere la idea. Che il dominio dei frutti sia il prezzo o correspettivo del possesso di buona fede (*a*), è dire qualcosa di vero. Più elevato e più retto è il giudizio di Chavot « L'acquisto dei frutti è un diritto accessorio alla proprietà; ma in massima, i frutti devono seguire la sorte del fondo che gli ha prodotti; una stessa legge li governa; identica è la causa dell'appropriazione. Se dunque il possesso ha talvolta lo stesso privilegio, egli è perchè il legislatore, *tratto da motivi d'equità*, gli viene applicando alcune conseguenze giuridiche che alla proprietà appartengono (*b*) ». Dice anche assai bene, seguitando, questa essere *una deroga al diritto di proprietà, un favore eccezionale che non può oltrepassare i limiti che gli furono imposti*. Chavot ha detto bene ma non ha detto tutto. Ecco quello che io aggiungo. La legge civile domanda la sanzione de' suoi atti ad un principio più elevato; alla pubblica moralità; in sostanza, alla legge divina. Diritto immorale non esiste; la moralità è la condizione d'ogni diritto. Qualche volta *la coscienza del diritto* equivale allo stesso diritto perchè l'umana società ha bisogno di questo sistema, perchè l'uomo onesto deve trovare la sua difesa nelle leggi, anche a costo che si abbia a creare qualche eccezione, e formare qualche lacuna nella catena delle deduzioni giuridiche. In questa veduta così estesa sembra attenuarsi la importanza della quistione germanica, e pensando noi che veramente il possessore di buona

(*a*) Così il Sellio, a cui si associa lo stesso Janssen. — V. la dissertazione suddetta.

(*b*) N. 584. e segg.

Digitized by Google

fede abbia il dominio dei frutti per la necessità della sua posizione (*a*), stimiamo fondata questa dignità giuridica in una regola d'ordine superiore, come sono tutte quelle che riguardano i fatti della coscienza vestiti della sanzione del diritto.

2. Parlando dell'esercizio ipotecario sui frutti del suolo, è noto primieramente che al pari di tutti gli altri accessori degl'immobili, non possono ipotecarsi da se, separatamente dall'immobile (*b*). In tal caso non sarebbero che mobili. Ma la natura transitoria dei frutti apre il campo a investigazioni di grave momento.

a) In ordine *al tempo*. Nulla importa che il fondo sia vestito di frutti quando si costituisce la ipoteca. Niuno ignora che solo dal punto del suo esercizio la quistione dei frutti acquista interesse; prima di quel tempo essi sono nella piena disponibilità del padrone del suolo.

b) Come la procedura della sproporzione si avanza, il fondo, che si viene avviluppando nelle reti del giudizio, comincia a sentire una pressione che si estende a tutti i suoi accessori. O i frutti sono stati colpiti dall'oppignoramento; ovvero sono nati in quell'epoca di crisi per cui passa un fondo, forzatamente spinto sotto l'asta; questi sono i casi che vengono in considerazione per sapere se i frutti sono *immobilizzati*, in quanto cioè il loro valore diventa indisponibile dal debitore, e aumenta quello dell'immobile ipotecato.

c) Nello stesso *rapporto del tempo* è a parlarsi della disponibilità dei *frutti futuri*. Che i frutti futuri, come ogni altra speranza, possano vendersi, è di ovvia ragione giuridica (*c*); ma se

---

(*a*) S'intende sempre rapporto a quelli cui non è obbligato a render conto nè a restituire. Nel diritto di consumare e non restituire sembra compenetrata la idea del dominio. Così l'usufruttuario ha il dominio eziandio della proprietà quando si tratta di cose fungibili che si consumano coll'uso, salvo d'indennizzarne il proprietario. Ceterae quoque res ita traduntur legatario *ut ejus fiant* . . . Inst. de usufr. §. 2.

(*b*) Troplong. N. 404. La massima era stata adottata anche dalla L. 9. Messidoro anno III. art. 3.

(*c*) L. 8. D. de contr. empt.

Digitized by Google

con tal vendita anticipata possa il debitore toglier di mano ai creditori una parte di quelle garanzie a cui sembrano aver diritto, è delle più gravi controversie ipotecarie che non possiamo trattare in questo luogo, bastandoci di aver posti alcuni principî e massime generali.

d) In ordine pure *alle persone*, le quistioni variano. Coloro che percepiscono i frutti in forza di un diritto reale che non ha d'uopo d'iscrizione, come l'usufruttuario e l'enfiteuta, hanno una posizione indipendente; all'incontro il possessore senza titolo legittimo, perduto in faccia al giudizio ipotecario il prestigio della buona fede, non trova più assistenza nel diritto. Onde fra coloro che hanno un titolo proprio e indipendente come i primi; o nessuno, come il secondo; o che rappresentano lo stesso debitore, come l'affittuario, è chiaro essere le situazioni di diritto diversissime, e con diverse norme e principî doversi risolvere (*a*).

(*a*) Queste idee avranno il loro sviluppo nei luoghi opportuni.

Digitized by Google

CAPO II.

IPOTECA DELL' USUFRUTTO

§. CXCIX. — *Generali sulla natura dell' usufrutto; e se vi sia inchiusa la idea del dominio.*

§. CC. — *Delle dottrine che tentano spiegare la ragione perchè la costituzione dell' usufrutto può esser temporale, laddove le altre servitù si ritengono perpetue.*

§. CCI. — *Continua l' argomento; la perpetuità della servitù consiste nell' attitudine.*

§. CCII. — *Perchè la servitù personale dell' usufrutto, e non le servitù prediali siano capaci d' ipoteca.*

§. CCIII. — *Continuazione dell' argomento.*

§. CCIV. — *Uso; abitazione; superficie; come differiscano dall' usufrutto per l' effetto della ipoteca.*

§. CCV. — *Dell' usufrutto come materia d' ipoteca nei suoi rapporti colla proprietà.*

Se il proprietario possa costituire ipoteca solamente sull' usufrutto (causale).

§. CCVI. — *Se la ipoteca è data sulla proprietà (nuda), anche l' usufrutto accresciuto in seguito alla proprietà, vi soggiace.*

§. CCVII. — *Avviene il contrario, quando ipotecato l' usufrutto, si acquista dall' usufruttuario anche la proprietà.*

§. CCVIII. — *Come la consolidazione non importi la estinzione dell' usufrutto, in quanto il gius d' usufrutto sia base di precedente ipoteca.*

§. CCIX. — *Se il gius d' usufrutto è costituito ad diem o sub conditione, la ipoteca segue la stessa sorte; e di alcuni casi utili a ricordarsi.*

Digitized by Google

§. CCX. — *Della durata dell' usufrutto, e quindi della ipoteca che vi è imposta, nelle specie seguenti 1.° Se l' usufrutto o un legato annuo è lasciato a un corpo morale 2.° se oltre la persona dell' usufruttuario si estenda agli eredi.*

§. CCXI. — *Dell' usufrutto legale del padre sui beni avventizî del figlio per gli effetti della ipoteca che vi è costituita.*

§. CCXII. — *Avvertenze sui Codici moderni.*

§. CXCIX.

Generali sulla natura dell' usufrutto; e se vi sia inchiusa la idea del dominio.

1. Ripetendo tutti gli scrittori, che l' usufrutto è capace d' ipoteca, per avventura non curarono di porre sotto serio esame questa singolarità del diritto ipotecario. Nell' ordine materiale, l' Immobile che presenta tutte le condizioni possibili della durata, e della stabilità, è l' obbietto della Ipoteca: l' usufrutto, momentaneo, passeggero, non ha veruna di tali qualità. Le affezioni dell' immobile, come le servitù, non hanno capacità per sostenere il peso della Ipoteca; l' usufrutto non è che una specie di affezione dell' immobile; eppure è capace d' ipoteca. Base dell' ipoteca è la *realtà*; e qui si tratta di una servitù *personale*.

2. L' arte non ha certamente bisogno di addentrarsi in siffatte ricerche: essa dice che l' usufrutto è capace d' ipoteca, perchè lo vede scritto in tutti i codici. Ma la scienza professa *rerum cognoscere causas*; ed è naturalmente curiosa. Havvi forse qualche cosa, in questa istituzione, che la ravvicini alla *realtà* più di quello che possa far credere il suo verbale attributo? Ovvero il legislatore ha avuto cause particolari per fare dell' usufrutto una lacuna nel suo sistema? Io non so se i tedeschi (delle cui immense opere ben poche ci son note per quella funesta indifferenza che ancor regna in Italia, e per quelle antipatìe di nazione che dovrebbero una volta cessare) io non so, diceva, se i tedeschi abbiano approfondito questo tema: e io mi trovo abbandonato alle sole mie forze.

Digitized by Google

Non credo facil cosa definire la natura dell' usufrutto per l'apparente discordanza dei testi, che ora ne fanno una specie di dominio, ora non lo considerano che sotto l' aspetto di *servitus hominis*, facendone bensì una classe tutt' a parte dalle altre servitù, ma, in luogo di avvicinarla, sembrano allontanarla dal concetto della realtà fondiaria. Paolo diceva — che *in multis casibus (usufructus) pars dominii est* (*a*); e Ulpiano più decisamente — « In venditionem bonorum etiam usufructus veniet, quia *appellatione domini fructuarius quoque continetur* (*b*). Il celebre editto *damni infecti* (*c*) sembrava non potersi applicare che al padrone del fondo (*d*); tuttavia al superficiario e all' usufruttuario si estendeva, comecchè sotto nome di *stipulazione utile* (*e*). Altrove l' usufrutto ci viene annunciato, come un gius di fruizione e godimento *sulla cosa altrui* (*f*); come un *gius in corpore* (*g*); e quel giureconsulto che gli attribuiva un carattere di dominio (*h*), altrove insegnava questa dottrina: che il fondo dee dirsi interamente nostro, sebbene gravato di usufrutto; sendochè l' usufrutto *non est dominii pars sed servitutis;* nè è improprio dire che tutta mia è quella cosa della quale parte alcuna non può affermarsi esser d'altrui (*i*). Sicchè può domandarsi se l' usufrutto sia o no *dominii pars;* se l' uno o l' altro di codesti concetti prevalga, o possano conciliarsi insieme.

3. In verità non vi ha contraddizione nelle sorgenti, dal cui complesso, malgrado il suono delle parole, non è possibile ricavare una vera e completa attribuzione *di dominio fondiario* (pregò il lettore di tener nota di questa espressione). Già col dire

(*a*) L. 4. D. de usufr.
(*b*) L. 8. D. de reb. auct. jud. possid.
(*c*) L. 7. D. de damno inf.
(*d*) LL. 5. 7. 16. 39. D. eod.
(*e*) L. 39. §. 2. eod.
(*f*) L. 1. D. de usufr.
(*g*) L. 2. eod.
(*h*) Paolo d. L. 4. de usufr.
(*i*) L. 25. D. de verb. signif.

Digitized by Google

che *in molti casi* l'usufrutto *è parte del dominio*, Paolo aveva stabilito che il dominio dell'usufruttuario è meramente relativo. E basta per significare che non è vero dominio il quale di necessità dev'essere *assoluto*, giacchè la fermezza e la certezza della proprietà non è solamente condizione d'esistenza civile nell'ordine privato, ma di sussistenza della società umana tutta quanta, senza bisogno che Thiers si facesse a dimostrarlo. Vi ha poi questo di osservabile, che dove i giureconsulti asseriscono tale qualità del diritto di usufrutto, ciò fanno in senso piuttosto di dimostrazione che di definizione, per sostenere qualche loro assunto principalmente annunciato. Paolo ferma che l'*usufrutto* può costituirsi anche *ad tempus vel ex die* (*a*), contro ciò che nelle altre servitù suole avvenire, e ne dà per ragione che l'usufrutto è una specie di dominio; quasichè sia proprio delle altre servitù l'essere perpetue.

§. CC.

Delle dottrine che tentano spiegare la ragione perchè la costituzione dell'usufrutto possa essere temporale, laddove le altre servitù si ritengono perpetue.

1. Come mai la modificazione dell'elemento temporale che si accetta in questa servitù *sui generis*, laddove alle servitù prediali si ricusa, può partorire tale differenza, che nella prima tralucer possa una idea di dominio, non essendo le altre che affezioni e limitazioni della proprietà?

L'investigazione profonda (*b*) è stata tentata; ma credo con intento diverso, e posso dire che la ricerca, che noi proponiamo, non è stata soddisfatta. Tuttavia le gravi osservazioni degl'interpreti, mettendoci dentro nella natura delle cose, agevolano la soluzione.

(*a*) V. d. L. 4. de usufr.

(*b*) Corrasio ad L. 4. D. de servitut. Connano nei Commentar. Lib. 4. C. 8. e lo stesso Bartolo dicevano niun'altra indagine essere più sottile, e sparsa di maggiori difficoltà.

Digitized by Google

Sì il possesso che il dominio si trasferiscono sotto condizione, *et ex tempore*, e ciò non ha dubbio (*a*); con che viene a stabilirsi che la servitù d'usufrutto ha qualcuno dei caratteri onde il possesso o il dominio può acquistarsi (*b*), ma rimane pur sempre immutabile e costante il suo essere di servitù. I dottori adunque posero mente in che consista la differenza fra questo genere di servitù e le servitù prediali in quanto sono dominate da sì diversi principî costitutivi.

Non è senza valore la osservazione del Fulgosio (*c*) che toglie argomento dalla *tradizione* ragionando che la tradizione delle servitù prediali ha di necessità una qualunque commistione di tempo: e difatti la *pazienza* è la tradizione della servitù (*d*). La tradizione dell'usufrutto è materiale; ed è la stessa consegna e immissione nel possesso del fondo. Questo rilievo del Fulgosio non iscioglie, a dir vero, la quistione; ma tuttavia esprime uno dei caratteri differenziali di codeste istituzioni.

2. Assai più notevole è la dottrina del sommo Cujacio (*e*). Stabilisce che le servitù si dividono in due grandi categorie: *hominum et praediorum*. Nota che l'obbietto delle prime è il servigio (usus) che rendono agli uomini le cose. Onde, largamente parlando, non solamente servitù personale è l'usufrutto; ma eziandio il semplice diritto di godere una cosa, l'abitazione, le opere dei servi. Si dicono *personali* perchè è un gius che l'uomo possiede in contemplazione della personalità propria, non per relazione obbiettiva della cosa. Le prime hanno senso più esteso, e versano anche sui mobili e semoventi; nelle prediali è condizione d'esistenza lo stesso predio (*f*). *E sono le proprie e vere servitù;*

(*a*) L. 38. §. 1. de adquir. poss. L. ult. C. de legat.

(*b*) Giacchè si acquista in-diem, ex die, sub conditione.

(*c*) Ad L. 4. sudd.

(*d*) L. 3. D. de usufr. — La Glossa non è stata felice nelle sue dichiarazioni — in L. 4. D. de servit.

(*e*) Recitat. solemn. in Lib. VIII. ad Tit. I. Dig.

(*f*) §. Constituitur Inst. de usufr. L. 1. D. de servit. rust. praed. L. pen. C. de servitut. et aqua.

Digitized by Google

quella da cui si denomina il Titolo della compilazione (*a*); *servitù personale* è come un dire improprio. Tutte le servitù sono *jura praediorum* sono servitù; ma non tutti li jura praediorum sono servitù, bensì sono tutte *condizioni e qualità degli stessi predî* (*b*).

3. La varia natura delle servitù venne così illustrata da quel divino ingegno, che però si astenne dallo spiegare perchè le une fossero suscettive di modalità, e le altre avessero a dirsi assolute e perpetue. Per me, con queste sole nozioni, benchè chiare ed evidentissime, non si può rendere sicuro giudizio della causa intrinseca di tali differenze. Indarno si dice (*c*) *che le qualità delle cose non possono imprimersi in esse perchè esistono nello stesso subbietto.* Ma non è vero. Tutte le qualità contingenti possono essere e non essere; così il rapporto di subbietto e di qualità è contingente del pari. Perchè un fondo non può esser libero da servitù; dunque non sussiste che *le qualità dei predî siano di natura perpetue*? E se tali non sono, perchè non potranno costituirsi a tempo, e sotto condizione? Parmi che io potrò senza molta difficoltà provare (*d*) che la giurisprudenza non sostiene in principio assoluto la naturale e intrinseca perpetuità delle servitù prediali. Ma dato pure codesto assetto giuridico, perchè non cercare piuttosto la ragione della differenza nella causa estrinseca e creatrice, che è la mente del legislatore? È un vero che io ripeto spesso, e non inculco mai abbastanza: che le ragioni della nostra scienza non hanno a togliersi solamente dalla natura intrinseca delle cose, ma più spesso dalla obbiettiva e dall'indirizzo del legislatore. Il quale può avere avuti i suoi motivi, tratti da un modo di esame a lui proprio, e da considerazioni politiche, e da un interesse superiore alla dialettica comune. Questo avviene anche in fatto di servitù onde si dichiarano le supposte anomalie e contraddizioni, e il dimostrarlo insieme alle conseguenze

---

(*a*) Dig. de servitut. — Cod. de servit. et aqua etc.

(*b*) Quid aliud sunt jura praediorum, quam praedia ipsa qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo? L. 86. D. de verb. sign.

(*c*) Castill. de usufr. C. XII.

(*d*) V. §. seg.

Digitized by Google

che possono utilmente dedursi, in ordine al nostro sistema, non è senza novità, a mio avviso, nè senza importanza.

§. CCI.

Continua l' argomento; la perpetuità della servitù consiste nell' attitudine.

1. È certo che nel concetto degli antichi dominò quel principio della perpetuità delle servitù inerenti al predio. In altri termini — *tutte le costituzioni delle servitù prediali sono pure;* e se, *sub conditione, vel in diem,* la condizione si rigetta — *L. 4. D. de servitut.* (*a*). Tutto questo però intendevasi in senso *estintivo, non incoativo o induttivo* (*b*), giacchè si trovava lecito *costituire* la servitù sotto la condizione — che Tizio sia fatto console — ma non già che dovesse *la servitù estinguersi e finire* se Tizio fosse stato console. Posto che i fondi sono liberi (tal è sempre lo stato iniziale d' ogni proprietà, la quale non potrebbe modificarsi con vincoli ed affezioni se già non preesistesse) ne segue, che il cominciamento della servitù può avverarsi sotto una condizione qualunque, perchè potrebbe anche non avverarsi per la sua natura di accidentale e contingente (V. §. CC.). Ma una volta impressa l' affezione, gli è come una ferita che non si rimargina mai, e lascia perpetuamente visibile la cicatrice sul corpo offeso. Ne toglieremo argomento dalle obbligazioni personali la cui impressione metafisica è indelebile nell' esser nostro; nè può concepirsi che una tale impressione esista e non esista nello stesso tempo, come sarebbe se, indelebile, come si suppone, rimanesse sospesa da condizione, o fosse saltuaria, e interrotta per tempo. E questo è l' apice e l' ultima sottilità del diritto. Fra le spiegazioni date (§. CC.), a coglier la differenza fra le servitù prediali e l'usufrutto,

---

(*a*) *Ex tempore* — cioè di anno in anno — *o ad tempus* — sino al tal anno — *o sotto condizione* — si navis ex Asia venerit — Gloss. Bart. in senso però *estintivo*, come vengo dicendo nel testo.

(*b*) Bart. ad d. L. N. 1.

Digitized by Google

parmi trionfante quella di Bartolo (*a*): che *la servitù diminuisce il valor reale del fondo: l'usufrutto invece attenua le utilità che il proprietario ne ricava;* sicchè, per essa, *diminuitur jus dominii non fundi.*

2. Se io non m'inganno in questa nuova congettura, la perpetuità della servitù prediale (vuoi urbana o rustica) consiste *nell'attitudine che ha di esistere anche fuori dell'esercizio:* del che a me pare più degna e più grave la idea del legislatore. Ho dovuto altra volta avvertire, che male noi possiamo dai frammenti sparsi nella compilazione del Digesto, argomentare la vera dottrina di quei grandi scrittori che pensarono tanto altamente del diritto in tempi remotissimi. Ma cogliendo qua e là dei tratti luminosi, con maraviglioso senno pratico applicati ai fatti positivi della vita, l'intelletto loro si manifesta. Paolo nella *L. Foramen.* 27. (*b*) *D. de servit. urb. praed.* accennò alla causa perpetua delle servitù nel seguente caso. Io ho dato facoltà al vicino di aprire un foro nella mia parete per dedurre acqua onde lavare il pavimento della sua casa. Nulla importa pel giureconsulto che in tal modo si abbia un *manufatto (quod manu fit);* e piuttosto egli osserva la causa da cui l'acqua deriva; e trovandola inesauribile e perenne, vi applica il principio generale delle servitù; e dice che *la causa è perpetua.* È perpetua, perchè l'*acqua è quotidiana,* non in fatto, ma in potenza (*c*); e se *quotidie* non piove, pur lo potrebbe. Onde dicesi la *causa dello stillicidio essere perpetua* (*d*), a differenza di quella dell'acquedotto che può ricevere interruzioni. E così la *perpetuità* è nell'*attitudine* o nella potenza (*e*). E ciò avviene eziandio nelle altre servitù che si dicono avere causa

---

(*a*) Ad L. 4. de servit. N. 7.

(*b*) 28 in qualch'edizione.

(*c*) L. 1. §. quotidiana et §. quod autem D. de aqua quotid. et aestiva — Cotidiana aqua est non illa quae cotidie utitur, sed ea qua quis cotidie possit uti si vellet.

(*d*) Si continuo plueret, continuo de stillicidio casitaret. Gloss. ad d. L. 27. D. de servit. urb. praed.

(*e*) Trovo la mia opinione divisa dalla Glossa — Stillicidium habet causam perpetuam, *propter aptitudinem.*

Digitized by Google

discontinua; giacchè *il fondo serve sempre*, ancorchè la servitù non sia continuamente esercitata; giacchè non piove a tutte le ore, nè giorno e notte senza intermessa si può gironzare sul campo pel quale si ha diritto di passare (*a*).

Costituite *propter utilitatem praediorum* le servitù prediali sono perpetue *in potenza;* e se tali non fossero, *la utilità loro non sarebbe tanta* quanta realmente è e dev'essere; ed ecco, come io penso, lo spirito di quelle leggi che si presentano sì astruse e inesplicabili. Ben il teorema si associava alla natura delle cose, ma il farne appunto un teorema giuridico mostrava che il legislatore vi attribuiva una pratica e real importanza.

3. I Romani erano solleciti di conservare la immobilità dei grandi principî attraverso alle modificazioni ch'era d'uopo introdurre nei sistemi applicativi per rendere, dirò così, accessibili i principî stessi al mondo esteriore. Perciò dopo aver detto che la causa delle servitù è naturalmente perpetua, soggiunsero che *il patto però doveva rispettarsi;* onde colui che avesse chiesto contro il patto sarìa stato respinto *colla eccezione del dolo* (*b*). Con questa specie di evoluzione si rientrava nella legge generale — *pacta servabo.* Così l'atto strappato da violenza e paura, era valido, perchè il consenso era perfetto; ma l'equità soccorreva l'oppresso, e perdonandogli di non aver sofferto il martirio in difesa delle proprie convinzioni, gli accordava la *restituzione* (*c*). Se nel principio della perpetuità noi vediamo scolpita la idea *della convenienza e della utilità* (N. 2. di questo §.) noi intendiamo più facilmente come un'altra convenienza e un'altra utilità, quella che nasce dalla osservanza dei patti e dal rispetto della moralità pubblica, dovesse prevalere alla idea economica.

(*a*) Sic ut praedium non desinet servire, nec liberum sit, *etiam eo tempore quo non licet uti servitute.* Castill. C. XI.

(*b*) Papiniano — L. 4. D. de servitut.

(*c*) D. quod metus causa.

Digitized by Google

§. CCII.

Perchè la servitù personale dell' usufrutto, e non le servitù prediali siano capaci d' ipoteca.

1. Io non esito di stabilire questo principio — *della incapacità delle servitù prediali di sostenere la ipoteca, anche secondo il sistema antico* — ma per arrivare a questo punto, bisogna attraversare un campo di spine. Se la quistione dovesse trattarsi a fondo, domanderebbe tempo e spazio oltre quello che mi è concesso. Come per lo rumore ne andasse sconvolto il regno della giurisprudenza, e che fiera battaglia ne facessero gl' interpreti divisi in scuole e partiti, credo che tutti gli uomini della scienza debbano saperlo. Io non farò che raccogliere le controversie famose in pochi tratti, se pur mi riesce quel difficile problema di unire la brevità alla chiarezza.

È noto che il dissidio nacque da due responsi che senza escludersi, lasciavano larghezza a interpretazioni infinite. Marciano nella *L.* 3. *D. de pign. et hypot.* aveva pronunciata la incapacità ipotecaria delle *servitù urbane* (*a*). E Paolo sembrava aver messo in onore la sentenza che ne fossero benissimo capaci le servitù *rustiche* (*b*).

2. Così segregando semplicemente le servitù *urbane* dalle *rustiche*, pareva fissata la teoria. La Glossa accettò la distinzione (*c*); e si pensò di aver tutto spiegato. Recò per motivo principale la

---

(*a*) *Jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt; igitur nec conveniri possunt ut hypothecae sint.*

(*b*) L. 12. eod. Sed an viae, itineris, actus, aquaeductus pignoris conventio locum habeat? Videndum esse Papinianus ait, *ut talis pactio fiat ut quamdin pecunia soluta non sit, iis servitutibus creditor utatur* (scilicet si vicinum fundum habeat) *et si intra diem certum pecuniam soluta non sit, vendere eas vicino liceat. Quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.*

(*c*) . . . . *quia sunt rusticae servitutes.*

Digitized by Google

regola di Marciano, che non può darsi servitù di servitù (*a*) (al che molto tiene la ragione del pegno); e che tali diritti non fanno parte dei nostri beni, certo nel senso che possano dirsi ipotecabili (*b*). La ragione della Glossa è eccellente; ma si applica alle servitù urbane ugualmente che alle rustiche. Ma ciò che parve topico e speciale fu il considerare che, se fosse lecito dare in pegno e quindi alienare le *servitù urbane*, grande rovina ne verrebbe e sformamento di edifizî e di città; e il principio che *la causa delle servitù è perpetua* non apparve mai così bene allogato come in tal caso. Questo fra gli antichi fu anche il parere di Azone, interprete stupendo. E di questa ragione lo stesso Bartolo fu contento (*c*), ma da pochi fra i moderni venne seguita.

3. Non si tardò a trovare molto leggera la differenza; e svolti con intenso acume i due responsi, non s'intese come in sì povero appoggio potesse solidamente fondarsi sì grave risultato. E fu ottimo senno il ritenere, che per giustamente interpretare quelle sentenze, non si doveva arrestar l'occhio sopra qualche fenomeno estrinseco, ma si doveva veder dentro la intima natura di quei diritti, onde coi debiti rapporti ai principî regolatori del sistema, esaminare se qualche ragione intrinseca si rilevasse perchè quei grandi maestri dividessero le servitù urbane dalle rustiche nelle relazioni pignoratizie.

Vi fu chi sospettò una interpolazione nel testo (*d*); ma, senza ciò, troppe ragioni si accumulavano per respingere dalle servitù

(*a*) L. 1. D. de usu et usufr. legat.

(*b*) Per ciò che è scritto nella L. quae praedium C. si aliena res pign. Colla Glossa sentirono Odofredo, Angelo, Fulgosio in d. L. si is qui §. jura praedior. Cipolla de servit. urb. C. 12. Gomez in §. item servit. Inst. de act. Giasone, Negusanzio, ecc.

(*c*) In L. 11. D. de pign. Bartolo però non applicò lo smisurato ingegno in tale quistione che accennò brevemente, ben lontano dall'esaminarla sino alle sue ultime conseguenze; onde non può dirsi propriamente ch'egli professi una dottrina contraria a quella che noi crediamo prevalente.

(*d*) Si è creduto aggiunto il predicato *urbanorum* giacchè in alcune edizioni leggiamo semplicemente *jura-praediorum*.

Digitized by Google

la idea della suscettività ipotecaria, senza riguardo alla loro qualità e servigio. Tutte difatti di qualunque specie e natura si confondevano in questo solo riflesso; che dato in pegno il fondo, vengono nel pegno eziandio le servitù attive di esso fondo (*a*), ma per contrario *non sussistere servitù dal fondo separata; nè per conseguente senza il fondo potersi dare in pegno.* E questa essere la vera e sincera dottrina di Marciano (*b*). Si osservò inoltre che l'acquisto di un tal diritto *era senza valore pel creditore ipotecario, ed inutile.* Perchè la servitù prediale è dovuta al predio non alla persona; quindi trasportata dal proprietario del predio dominante in colui che il predio non possedeva, riusciva un titolo vano, e senza costrutto (*c*). Il debitore della servitù si rifiuterebbe sempre, e con ragione, di prestarla fuori che al predio a cui è affissa, e in un modo e a uno scopo diverso da quello per cui è costituita. Le qualità (e la servitù attiva è una delle qualità economiche del fondo (*d*)) sono modificazioni di un soggetto, ma distinte dal soggetto non esistono che nella idea, come la forza di un organo, o il colorito d'un quadro.

4. In vero Paolo non disse apertamente capaci d'ipoteca le servitù rustiche; ma vi gettò per mezzo lo splendore di una idea economica che svelò l'altezza del suo pensiero. Quando la sterilità delle conseguenze potesse dar luogo a una reale utilità, perchè divenuta oggetto di cambio, quella reale utilità (*e*) non avrebbe potuto tradursi in un vero contratto? Valga per esempio il diritto di passaggio sul fondo altrui, o quello di cavar l'acqua; se a un altro giova di transitare per quel fondo in luogo mio, o di attinger acqua da quel pozzo a cui io abbevero le mandre del

---

(*a*) L. 16. D. de servitut. L. creditori D. de nov. op. nunc.

(*b*) Balduin. de pign. Cap. 12. Donell. de pign. c. 8. Mudaeus de pign. Cap. quae res obligentur etc. N. 12.

(*c*) Perciò non oppignorabile, non essendo vendibile ciò che non ha valore commerciale. Leg. 9. D. de pignor.

(*d*) Celso L. 86. D. de verb. signif.

(*e*) . . . . propter utilitatem contrahentium.

Digitized by Google

mio podere, perchè non potrò cedere un tale diritto, se al proprietario è indifferente che ne usi una persona in vece d'un'altra? (*a*). In questi casi, che però sono assai rari, sarebbe tolto via l'ostacolo della *inutilità* sopra avvertito (N. 3. di questo §.): e ci sarìa materia di contratto. Le servitù urbane all'incontro non offrono utile alcuno a colui che non possiede il fondo a cui servono poichè la natura loro è negativa; consiste nella pazienza; nè vi s'incontra opera attiva fuor quella che è mestieri per costituirla.

5. Fra tutto questo noi accettiamo la dottrina che insegnò il Duareno (*b*), e molti altri illustrarono, *essere ugualmente incapaci d'ipoteca le servitù rustiche e le urbane.* Paolo non parlò d'ipoteca, nè di *servitù costituita*, ma bensì *di servitù costituenda;* che è cosa molto diversa. Chiamiamo servitù *formale* quella che già esiste innanzi; *causale* quella che si costituisce ex novo nell'interesse del creditore, tante volte colla facoltà di venderla a un terzo per soddisfarsi del proprio credito. Paolo volse l'animo alla servitù *causale o costituenda* (*c*). Il mio creditore ha un fondo vicino al mio; e io gli faccio questa promessa, che non pagando nel tempo determinato, egli acquisterà il diritto di passar sul mio con carra e cavalli per accorciare il cammino che lo divide dalla via pubblica. Ecco un contratto, che può e dovrà avere il suo effetto. Ma qui di pegno non è parola (*d*).

6. Concludiamo. Se Marciano escluse, Paolo non incluse la capacità ipotecaria vuoi delle servitù rustiche o urbane. Ma nelle

---

(*a*) Osservazione di Cujacio Lib. 15. Observ. Cap. 6. del Connano Comm. jur. civ. Lib. 4. Cap. 14.

(*b*) Anniv. disputat. lib. 2. Cap. 13. Paris explic. Cabyr N. 330. Donello-Balduin. loc. cit. Bachovio de pign. Rusard. Scholia ad L. si is qui D. de pignor. Connan. Comm. Jur. Civ. Castill. de usufr.

(*c*) Duaren, l. d. Morla. empor. de servitut. P. 1. T. 6. Castill. de usufr. C. 70.

(*d*) Di questa materia V. il Chiesi N. 68. e il Carabelli part. I. Cap. II. §. XIII. che ne fa l'esame il più accurato e ingegnoso.

Digitized by Google

cose rustiche l'obbietto economico appariva con una certa latitudine, affatto inconcepibile nei servigi urbani. E questa fu materia che a Paolo parve buona per fabbricarvi una servitù nuova, che in vista *della utilità dei contraenti*, diviene una servitù formale, come ogni altra regolarmente costituita.

§. CCIII.

Continuazione dell' argomento.

1. Ben altra è l'attitudine dell'usufrutto; non è servitù affissa al predio; non è l'addietto di un corpo il cui destino deve seguire; non è di problematica utilità, difficile a realizzarsi, implicato e conflittante fra molteplici e opposte relazioni di diritto. I romani, non usati a definire, faceano per così dire scintillare i principî nell'attrito delle pratiche dubbiezze che solevano risolvere con criterî maravigliosi. Non si potrebbe in miglior guisa distinguer la natura di quei diritti che col seguente esempio. Un testatore che ha un predio soggetto a servitù a favore di un altro predio dell'erede, lo lascia in legato a un terzo. A rigore di diritto, colla confusione, rimase estinta la servitù. Contuttociò il legatario non può pretendere di avere il fondo libero, giacchè il legato si deve prestare quale fu lasciato (*a*). La sua domanda sarebbe rinviata colla eccezione del dolo (*b*). Per converso se il proprietario nominò erede universale l'usufruttuario, questa servitù, dopo adìta la eredità, per confusione si estingue; laonde se quel testatore legò uno dei fondi della eredità, non può l'erede contrapporre il suo diritto d'usufrutto che più non esiste (*c*). Perchè sì gran divario fra l'una e l'altra specie di servitù? Egli è che la servitù prediale è semplicemente una *qualità* del fondo (*d*) e

---

(*a*) L. Legatum D. legat. 1. §. fundus legatus.

(*b*) L. Papinianus D. de servitut.

(*c*) L. is cujus (26) et L. cum filius §. 2. (76) D. de legat. 2.

(*d*) E alla *qualità* riferisce appunto il principio che « fundum praestare haeres debet *qualis* a testatore relictus est ».

Digitized by Google

dell' usufrutto disse altamente Papiniano — *usufructus portionis instar obtinet* (*a*). — L' usufrutto è *parte* delle cose legate, non qualità; e ha sussistenza sua propria. E viene significando che chi lega altrui un fondo simpliciter, lascia tutte e singole le parti del fondo fra cui è l' usufrutto (*b*) laddove le qualità del fondo, sono modi, e non parte di esso (*c*).

2. Assai meno affaticata è la via nei sistemi moderni per giungere a tale risultato, giacchè fra noi non nasce pur dubbio che le servitù possano darsi in ipoteca. Se altri domanda perchè abbiam fatto sì lungo giro per riuscire al punto dove certi altri scrittori sogliono cominciare il loro esame, rispondiamo che chi scrive per la scienza, e non solo per l' arte, non deve cominciare dai risultati, ma procedere con deduzioni analitiche prendendo le mosse dai principî. L' usufrutto presenta una base di solidità anche alla nostra Ipoteca tanto più esigente dell' antica. La percezione dei frutti, è la vera e sola importanza economica dei fondi: rappresenta le utilità, scopo d' ogni commercio, aspirazione di ogni credito e di ogni cauzione. La proprietà può ipotecarsi e vendersi in quanto un giorno dovrà congiungersi coll' usufrutto; se potesse concepirsi una proprietà perpetuamente sterile e nuda, non avrebbe valore. *L' usufrutto adunque è il valore d' attualità.* Esso è il fondo in quanto è utile; ma lo scoglio è nella incertezza della durata. Ciò però nulla toglie all' essere della cauzione ma ne limita la estensione ed il pregio (*d*).

(*a*) §. dominus d. L. cum filius.

(*b*) L. si alii ff. de usufr. leg. 1. L. Maevius §. fundo D. de legat. 2.

(*c*) Cujac. ad L. 4. D. de usufr. legat. Castill. de usuf. C. 71. Coras. in d. l. Papinianus D. de servitut. Non così se il testatore avesse la pura proprietà, chè allora la sua mente sarebbe chiara. Bartol. in d. §. dominus L. cum filius D. de legat. 2.

(*d*) Anche in Troplong, che io ho consultato al solito dopo aver pensato da me, si trova trattata questa controversia erudita. §. 401. Ma non ho veduto necessario aggiungere cosa alcuna a ciò che io aveva scritto.

Digitized by Google

§. CCIV.

Uso; abitazione; superficie; come differiscano dall' usufrutto per l' effetto della Ipoteca.

1. Pertanto la *personalità* che distingue la servitù d' usufrutto nulla toglie alla sua attitudine ipotecaria, giacchè la *persona* non è punto l' obbietto della istituzione; ma la *cosa e la utilità economica che ne deriva.* L' *uso* che ugualmente *personae cahaeret* e appartiene alla stessa famiglia, non ha però valore trasmissibile e cambiario; perchè non può partire dalla persona, nè vendersi, donarsi ecc. (*a*), nè quindi darsi a pegno o ipoteca (*b*).

La *necessità* concentra e rinserra tutte le utilità *dell' uso* nella persona e nelle membra dell' usuario (*c*), e nulla rimane disponibile come oggetto di cambio; l' *usufrutto* d' ordinario circonda il possessore di tutte le comodità, degli agi, e della voluttà della vita.

2. Il gius d' *abitazione* (che secondo alcuni non è servitù) migliorò la sua sorte per benignità di Giustiniano che cominciò dal permettere la locazione, rendendolo così vieppiù utile al legatario. Ne fece come una classe media fra *l' uso e l' usufrutto* a cui *l' abitazione* non avrebbe mai potuto paragonarsi, quando non apparissero chiari ed evidenti i caratteri del dominio (*d*). Onde si

---

(*a*) Inst. de usu et habit. §. 1.

(*b*) Donell. de pign. C. 8.

(*c*) Zasio ad tit. de usu et habit. Hotmann. Tit. eod. enunc. 1. *Usus fructus* — non *fructus usus* — osservava il Connano — perchè l' *uso* può essere *sine fructu* — non *sine usu fructus.* Benissimo Ulpiano, giuocando e bisticciando con queste distinzioni — *nella L. pro servum* 14. §. 1. *D. de usu et habitat.* — Non dobbiamo dissimulare che ad interrompere il sollazzo della antitesi sorge un testo duro e aspro che è di Paolo — L. sed si de fructu d. eod. tit. disputa che non abbiamo tempo di mettere in chiaro.

(*d*) L. cum antiquitas 13. C. de usufr. et habit.

Digitized by Google

prova anche una volta (*a*) che quella legislazione apprezzava nell'usufrutto un elemento di dominio. Qualche opinione isolata voleva ipotecabile il diritto d'abitazione (*b*); ma non potendosi alienare (*c*), pare non potesse reggere il peso della ipoteca.

3. Non trovo che gl'interpreti siansi occupati di proposito del pegno della *superficie;* ma è indubitato che la superficie poteva ipotecarsi.

Il diritto superficiario è l'edifizio che abbiamo sull'altrui fondo, ad esso inerente; o anche una camera superiore (caenaculum) che si appoggia sopra l'altrui sottoposto edificio (*d*). È un *diritto reale* d'usufruire la superficie dell'immobile altrui o in perpetuo o per tempo non breve (*e*), di alienarla tanto per atto fra vivi che per causa di morte. Suole pagare un canone che si chiama *solarium*, e in ciò si ravvicina all'enfiteusi dalla quale per molti altri rispetti si differenzia. Il superficiario ha *l'actio in rem* (*f*), e l'innalza quasi alla dignità dell'usufrutto (*g*). Abbiamo poi testi espressi che parlano della ipoteca della superficie (*h*).

4. Tutte le nostre leggi parlano dell'*usufrutto:* di superficie non fanno menzione i codici nuovi. È una istituzione caduta in disuso, ma non veggo ragione perchè non potesse costituirsi anche oggidì: e, secondo i patti, potrebbe anche acquistar forma di usufrutto, e venire fra le cose ipotecabili (*i*).

(*a*) V. §. CXCIX.

(*b*) Felic. de censib. Lib. 2. Cap. 4. de cens. che erroneamente pretese di avere in mano materia per erigervi persino un censo!

(*c*) Inst. de usu et habit.

(*d*) Tit. Dig. de superfic. Heimberger Diritto puro §. 232.

(*e*) *Qui ad non modicum tempus* conduxit superficiem. L. 1. D. de superfic. questo sembra uno de' suoi caratteri normali.

(*f*) d. L. 1. §. 34.

(*g*) §. 6. eod.

(*h*) L. 13. §. et in superficiariis D. de pign. L. 16. D. qui pot. in pign.

(*i*) Duranton dei Priv. et Ipot. N. 267. Chiesi §. 66. in fin.

Digitized by Google

§. CCV.

Dell' usufrutto come materia d' ipoteca nei suoi rapporti colla proprietà.

Se il proprietario possa costituire ipoteca solamènte sull' usufrutto (causale).

1. E perchè non potrà il proprietario pieno porre ipoteca sull' usufrutto (causale) semplicemente, pur restando congiunto colla proprietà; domanda il Dumoulin, uno dei più profondi giureconsulti della Francia, quasi maravigliato che possa farsene quistione? (*a*). A lui sembra anzi perciò più ricca la sorgente (*b*) della ipoteca, onde essa ha qualche cosa di più avvantaggiato e di più pingue; e quanto alla durata dell' usufrutto che si dà in ipoteca, ove non sia determinata dalla convenzione, il Dumoulin non esita di limitarlà a vita del proprietario costituente, ovvero del creditore.

Aggiunge il Battur (*c*), che, a parlar rigoroso, l' usufrutto ancora congiunto alla proprietà dovrebbe dirsi il solo capace d'ipoteca, come più intrinsecato nel dominio della proprietà. E poichè *proprietà e usufrutto* sono le due parti integranti il dominio, diviso dalla proprietà, l' usufrutto (formale) sembra quasi staccarsi dalla sua base, il dominio, e offrire al creditore ipotecario un appoggio men solido; onde questo autore rientra nella idea del Dumoulin. Non dissimula che il pensiero del legislatore versò unicamente sull' usufrutto formale o costituito; nè si estese sinò a prevedere che un proprietario fosse per accondiscendere ipoteca sull' usufrutto non separato dalla proprietà; nondimeno trovandovi le stesse, o maggiori, ragioni di podestà e di sicurezza, non dubita di concludere che una tale combinazione è lecita ed efficace.

(*a*) Tratt. de div. et individ. Part. III. N. 324. etc.

(*b*) . . . . à quelque chose de plus avantageux et de plus efficace, *est pinguior*.

(*c*) Tit. IV. N. 263.

Digitized by Google

2. Sono sottili in contrario le considerazioni del Cotelle (*a*). Nulla ci ha di men chiaro, egli dice, e di pratica più difficile quanto la tesi del Dumoulin. Suppone questo celebre autore, continua il Cotelle, che un proprietario imponga una ipoteca sull'usufrutto senza spogliarsene, accordando al creditore il diritto di obbligarlo a costituire l'usufrutto o di venderlo a un terzo, qualora nel termine disegnato non sia estinta la obbligazione, gettando intanto come una verità intermedia, che tale usufrutto dovrà durare a vita o del costituente o del costitutario. A lui pare oscura e impraticabile una tale teoria. Non intende come l'affezione dell'usufrutto possa riposare sulla testa del creditore. Ciò tutto non sembra avere altro scopo che di stabilire, che la cauzione non passerà mai agli eredi del creditore contro l'ordinaria attitudine delle cauzioni ipotecarie. Qui dunque l'usufrutto non ci ha che fare; e non vale la pena d'ipotecar l'usufrutto, poichè in sostanza non è altra cosa che ipotecare il fondo colla legge che la ipoteca si estinguerà alla morte del creditore; o che in caso d'esecuzione il creditore potrà vender il fondo per goderne sino alla morte. Non vi ha dunque ragione per portar l'usufrutto in testa del creditore; sarebbe assai più naturale il mantenerlo in testa del debitore; l'acquirente ne godrebbe come cessionario di lui a vita del cedente, il che non è contraddetto da veruna legge; i suoi eredi avrebbero lo stesso diritto se il cedente sopravvivesse al cessionario.

Conviene che l'usufrutto possa costituirsi a favore di un terzo, dato che si voglia un usufrutto formale al fine di fondarvi una ipoteca; ma non può darsi in ipoteca prima ch'esso abbia cominciato ad esistere, e non esiste finchè non sia costituito in una persona qualunque. Ciò che vi ha di ripugnante in tutto questo è la facoltà che nel proprietario si suppone d'ipotecar l'usufrutto de' suoi beni vagamente e senza determinarlo; ma s'egli lo determina, e lo stacca da se fissandolo in qualche altra persona, non vi ha nulla d'irragionevole, e la quistione è finita.

(*a*) N. 119. e segg.

Digitized by Google

Nega l'applicazione della *L.* 126. §. 1. *D. de verb. oblig.* citata dal Dumoulin, e, passandosi di quella legge, torna al suo primo concetto: che *l'usufrutto separato dalla proprietà è un diritto reale; che ha una consistenza sua propria; che sotto questo rispetto può essere ipotecato; congiunto alla proprietà non è che un emolumento* della stessa proprietà.

E pigliando gli avversarî in parola dove confessano che il legislatore (francese) nelle sue moltiplici disposizioni non ha avuto in considerazione che l'usufrutto formale, non si accorda con loro sulla pretesa virtù di una regola d'analogia, e nell'interpretare che fanno il silenzio della legge. Combatte altri argomenti tolti dal testo romano (*a*) e ne impugna l'intelletto e l'applicazione.

3. Noi non troviamo in queste opinioni quella distanza che a prima vista potrebbe sembrare. L'usufrutto formale, soggetto incontroverso della ipoteca, è sempre derivativo: è una parte dell'utilità fondiaria, momentaneamente separata dalla sua causa, per venire a posarsi per un effetto qualunque nel patrimonio di un terzo che non è lo stesso proprietario. L'autore di tale divisione è sempre il proprietario, a cui si può benissimo strappare la proprietà per obbligazioni ch'egli abbia incontrate, ma che non può costringersi a dividerla, s'egli nol consenta. Nessuna quistione che quel proprietario che può cedere e donare altrui l'usufrutto, il quale trasmesso nel suo cessionario diventa materia e sostanza suscettibile d'ipoteca, non possa anche separarlo dalla proprietà, in vantaggio proprio, ed all'effetto di costituirvi una ipoteca; in quella guisa che non può dubitarsi che possedendo io una quantità superiore al bisogno che intendo di soddisfare, non possa spenderne una minore, quanto basta allo scopo che mi sono prefisso.

Sarebbe possibile che una quistione sì grave si risolvesse in una disputa di parole? Osserva il Cotelle che alla fine tanto è il dire che la ipoteca si estingue alla morte del costituente o del costitutario, quanto il dire che il proprietario ha posta la ipoteca

---

(*a*) La L. 19. D. de usu et usufr. legat. La L. 6. D. de usufr. earum rerum etc.

Digitized by Google

semplicemente sull' usufrutto. A me però non sembra così. La natura della ipoteca si è ch' essa si mantenga in vita fino alla liberazione del debito. Ma non ripugna punto che materia d' ipoteca possa essere una proprietà risolubile, o duratura ad diem, come l' usufrutto; a rigore la ipoteca sussiste, ma svanita la materia su cui era fondata, diventa inefficace. Meno intelligibile è l'altro concetto del ch. autore (*a*), giacchè se il creditore può vendere un godimento limitato alla vita, egli non vende che un usufrutto.

Tutta la quistione in che si va a riporre? Nel sapere se l'usufrutto debba essere costituito *prima di sottoporlo ad ipoteca. È dunque, solamente nel modo*, che si divide la opinione di quei giureconsulti; e qui la ragione è dal lato di Cotelle. L' interposizione di una terza persona sul cui capo si faccia riposare l' usufrutto; o, in altri termini, la precedente costituzione dell' usufrutto, è del tutto necessaria (*b*). I legislatori facendo dell' usufrutto una sostanza capace d' ipoteca, non pensarono mai a quella rendita che il proprietario stesso percepisce da suoi fondi; *propriamente e legalmente non vi ha usufrutto se non formale.* Bisogna crearlo. E bisogna sia fuori del proprietario medesimo se dev' essere quello che è: cioè una *servitù personale in re aliena. Res sua nemini servit.* Ciò impone la natura invincibile delle cose (*c*); i fatti devono esser logici per esser conseguenti. Essi, come luce, scacciano le ombre e la nebbia delle idee torbide e nubilose, prodotte da falsi concetti. E in vero è forte vizio della teoria di Dumoulin il lasciarci incerti sulla durata di un usufrutto così immaginato, *se a vita del costituente o del costitutario.* È della natura dell' usufrutto

---

(*a*) Che riferiremo colle sue parole per non alterarlo — *ou qu' en cas d' execution, le crèancier vendra pour jouir jusqu' à sa mort.*

(*b*) Quando l' usufrutto si congiunge alla proprietà svanisce, confuso in quella per via di consolidazione; e la ipoteca si estende sulla proprietà piena (V. §. CCVI.). Novello argomento a favore della opinione del Cotelle, Zacheria, Dalloz ec.

(*c*) Zacheria — L' usufruit n' est pas susceptible d' hypoteque qu' autant qui il est dêmembrè de la proprietè (usufructus formalis). Le droit de jouissance inherent a la proprietè, et qui n' en a pas êtè demembrè, ne saurait être l' objet d' une hypoteque.

Digitized by Google

durare a vita dell' usufruttuario; il secondo metodo sarebbe strano e curioso per novità. Quando si ammetta, com' è inevitabile, la costituzione precedente, è tolta anche l' incertezza della durata: poichè coll' atto stesso del costituire un usufrutto de' miei beni a favore di un terzo, dico e dimostro ch' esso vivrà con lui, e moriranno insieme.

4. E solo acquistando il ceduto usufrutto, e come successor singolare dell' usufruttuario continuando la stessa posizione di diritto, il proprietario potrebbe darlo distintamente in ipoteca (*a*); purchè sia cauto di stipulare una cessione traslativa e non estintiva (*b*).

(*a*) . . . . *quasi ex nova causa* (ususfructus) meus esset L. 21. D. de except. rei judic. §. si fundus.

(*b*) Havvi un gruppo di leggi degno di osservazione; ma niuna giustifica la tesi confusa del Dumoulin. Ne ricorderò alcune. Secondo me, fu una illusione dell' illustre autore, citare la *L.* 126. §. 1. *D. de Verb. Obl.* poichè avendo Paolo ivi detto che *minus est in usufructu quem per se quis promisit quam in eo qui proprietatem comitatur* — fu ben lontano dal produrre argomento alcuno a favore di una ipoteca costituibile sull' usufrutto causale. Riporterò solo il compendio di Bartolo onde si vegga quanto il caso è diverso — *Qui promittit usumfructum et proprietatem separatim, solo usufructu liberatur, secus in eo qui plenam proprietatem promisit.* Nè meno inutile fu citare la *L.* 21. §. *si fundum* 3. *de except. rei jud.* E neppur questa legge, che io ho sopra citata forse con miglior proposito, ragiona della ipoteca, e come possa costituirsi sull' usufrutto; ma esamina come sia opponibile la eccezione della cosa giudicata giusta la varietà dei modi onde l' usufrutto può aggiungersi alla proprietà. Mi passo delle altre, anche più lontane dalla vista, e che non potrei trascorrere senza dilungarmi troppo.

Digitized by Google

§. CCVI.

Se la ipoteca è data sulla proprietà (nuda), anche l'usufrutto accresciuto in seguito alla proprietà, vi soggiace.

Il testo è preciso (*a*). In questo esempio, e in altri che verranno acconci, si palesa la duplice natura dell'usufrutto, che talvolta è una sostanza distinta, talvolta una semplice qualità e prerogativa del fondo. Congiunto al fondo, è il *frutto;* separato e trasportato in altro nome, è l'*usufrutto*, proprio e veramente tale. Nel primo caso è un'accessione, nel secondo *una cosa.* Ma cessati quei rapporti personali pei quali le azioni e i diritti si mantenevano divisi, e in una specie di opposizione logica fra loro, l'assetto naturale si ricompone; la rendita torna ad essere l'emolumento normale della proprietà; e la ipoteca che la colpisce trae a se ed abbraccia questo accrescimento, in forza di una virtù sua ingenita e propria. La proprietà è il fondo, *ossia la causa del frutto*, di cui i prodotti naturali, o civili, sono semplicemente l'*effetto.* Finchè i frutti ricadono a un terzo in conseguenza di alienazione già fatta dallo stesso proprietario (l'usufrutto), la ipoteca non potendo estendersi *super re aliena*, deve rimanersi contenta alla proprietà nello stato imperfetto in cui si trova; ma tolta la diga, rifluendo la produzione in seno, per così dire, al proprietario, e ricongiungendosi alla sua causa, essa ci appare ancora come un *effetto*, su cui l'ipoteca diffonde il suo dominio, con maggiore diritto che sugli accrescimenti partoriti dall'alluvione, che sono piuttosto beneficio di fortuna che naturale svolgimento dell'attività fondiaria (*b*).

(*a*) Si nuda proprietas pignori data sit, ususfructus, qui postea adcreverit, pignori erit. L. 18. §. 1. D. de pign. act.

(*b*) Grenier N. 144. Duranton. N. 265. Cod. Civ. art. 617. Consolidato l'usufrutto colla proprietà, e tutto questo insieme caduto in dominio della ipoteca, è chiaro che il padrone del fondo, non potrà staccare di nuovo l'usufrutto per costituirvi un'altra ipoteca; quistione di poco conto che fa lo stesso Grenier al numero suddetto.

Digitized by Google

§. CCVII.

Avviene il contrario, quando ipotecato l'usufrutto, si acquista dall'usufruttuario anche la proprietà.

La ragione è semplice. L'ipoteca della proprietà comprende gli emolumenti futuri della proprietà, che già sono aspettati nell'ordine stesso delle cose, precogitati e preveduti dal creditore. Egli (come il nostro caso presume) accettando la ipoteca sulla proprietà nuda, sapendo la esistenza di una servitù d'usufrutto, sapeva ancora che questa andrebbe un giorno a cessare; e non essere che uno stato di sospensione. All'incontro la ipoteca dell'usufrutto è ristretta ai suoi termini proprî: quistione di tempo, il creditore sapeva che non gli potrebbe mai competere una più estesa garanzia. Ora se il frutto può tornare al suo stato di naturale accessione della proprietà, mai la proprietà potrà venire a rimorchio, per così dire, del frutto, e formar quindi una sua dipendenza (*a*).

§. CCVIII.

Come la consolidazione non importi la estinzione dell'usufrutto in quanto il gius d'usufrutto sia base di precedente ipoteca.

1. L'articolo 617, del Codice Francese « *L'usufrutto si estingue .... colla consolidazione, ossia riunione delle due qualità di usufruttuario e di proprietario* (*b*). La legge romana aveva già consacrato questo principio nelle *LL.* 17. *e* 27. *D. quib. mod. ususfr. ammitt. e nel* §. 3. *della Istitut. de usufr.* (*c*).

(*a*) È manifesto che noi parliamo d'ipoteca *speciale*. Grenier N. 145.

(*b*) Cod. Siciliano art. 542. Sardo art. 528. Estense art. 489. Parmense art. 472.

(*c*) Cujac. Garot. ad tit. De quibus mod. ususfr. ammitt. Recit. solemn. in lib. Dig. ad L. si tibi 4. De usufr. legat. in princ.

Digitized by Google

2. Questa regola condurrebbe a dire che eziandio *la ipoteca posta sull' usufrutto* viene a cessare ed estinguersi colla consolidazione; ripugnando che il pegno possa sussistere, perenta la materia ipotecata.

3. Ma i modi della estinzione dell' usufrutto non sono tutti di uguale potenza, poichè alcuni sono prodotti da forza invincibile di natura (*a*); altri sono intellettivi e convenzionali: a questa categoria appartiene la consolidazione.

4. È una ideà: la buona logica non consente che il proprietario sia nello stesso tempo usufruttuario; *poichè dominio e servitù sono termini opposti e si escludono.* Malgrado l' evidenza di questo teorema, ognuno è convinto che, la fortuita o procurata riunione della proprietà coll' usufrutto, non può e non deve, per quanto si ha in pregio la giustizia, toglier di mano al creditore ipotecario la sua garanzia che troppo facilmente diventerebbe illusoria. In questo consentono gli scrittori tutti; e in vero non può cadere difficoltà veruna nella pratica, ma è alquanto arduo il coordinarvi una ragione scientifica. Il Duranton in questo subbietto saviamente avverte, che non può dipendere dall' usufruttuario il mancare alla promessa, render vana la prestata cauzione, ingannare il creditore, che con questo sospetto in mente non avrebbe trattato con essolui. Se si osservasse, continua il ch. autore, che la ipoteca fu data sopra un usufrutto, e che l' usufrutto non è più perchè estinto, si risponderebbe egli dice, che ciò che fu dato in pegno *non è tanto l' usufrutto quanto il diritto di percepire il frutto durante l' usufrutto medesimo.* Perciocchè l' usufrutto *è inerente alla persona dell' usufruttuario* di qualità che in caso di vendita è sempre la costui morte, e non quella del compratore, che decide la durata dell' usufrutto, ed opera la sua estinzione. Ora questo diritto di percepire i frutti dell' immobile dura perpetuo nella persona del debitore che acquista la proprietà (*b*).

(*a*) La morte dell' usufruttuario LL. 1. 2. §. 1. L. 3. §. 3. LL. 5. 14. quib. mod. ususfr. vel us. amitt. Lo spirare del termine convenuto. L. 15. eod. L. 5. C. de usufr.

(*b*) N. 262.

Digitized by Google

5. Persuaso della massima sostenuta dal Duranton (*a*), mi permetto di censurare la ragione che adduce. È una quistione di parole quel distinguere fra *l'usufrutto; e il diritto di percepire il frutto durante l'usufrutto.* Si può rispondere: che appunto perchè cessa l'usufrutto, anche il diritto distinto della percezione, e l'accessoria ipoteca, svanisce. L'inerenza dell'usufrutto alla persona, ha pure la sua risposta: s'intende fintantochè la persona dell'usufruttuario rimane distinta da quella del proprietario, non quando ne formano una sola: ripugnando la servitù di se stesso e della cosa propria. Anche l'esempio sembra male indicato. È aperto che, ceduto l'usufrutto, prosegue tuttavia a misurarsene la durata dalla vita del cedente. Ma torna sempre il discorso, che ciò avviene ed ha effetto finchè non abbia luogo la consolidazione.

6. Più si avvicina alla soluzione il Proudhon che, segnalando il termine *naturale e involontario* dell'usufrutto (*b*), ci spiega abbastanza che il termine *innaturale e volontario*, quale sarebbe la consolidazione durante la vita dell'usufruttuario, non potrebbe mai essere la meta finale e la misura definitiva del diritto d'usufrutto, rapporto ai terzi. Tuttavia sembra che non siasi detto tutto quello che si doveva. Poichè resta sempre a trovare una formula che esprima scientificamente, non come la cosa è, ma perchè sia così. Ecco intorno a ciò quale sarebbe il mio pensiero.

La legge nell'annunciare che la *confusione* è l'effetto *della consolidazione, non ha considerato che le relazioni che esistono fra le persone del proprietario e dell'usufruttuario;* non quelle che passano fra costoro e i terzi. Dove gli scrittori, a mio avviso, difettano si è nel non aver posto nel debito rilievo questo elemento separativo, ragionando soltanto sulle qualità e condizioni dell'usufrutto considerato in se stesso, ne' suoi rapporti primitivi, nella sua combinazione semplicemente bilaterale. L'ipoteca, *gius reale,* è un terzo elemento che vi è introdotto in tempo utile, quando l'usufrutto era distinto dalla proprietà, e suscettibile di essere

---

(*a*) Troplong conviene, scorrendo sulla quistione con poche e volgari idee al N. 891.

(*b*) Usufr. T. II. N. 368. N. 2071.

Digitized by Google

ipotecato. Ora è chiaro che i *rapporti personali*, in ordine ai quali nasce la confusione, *non possono mai ricomporsi fra loro in guisa che valgano a toglier di mezzo, e distruggere il gius reale acquistato da un terzo.* Questa, se non erro, è la ragione vera e diretta. La temuta confusione non è più possibile, non solamente nel supposto di una collazione, ma in qualsivoglia altro caso. L'intromissione del gius reale di un terzo fra i rapporti personali del proprietario e dell'usufruttuario, è *casus omissus* dalla legge generale della consolidazione; ma quando si verifichi, forma una eccezione giustificata dalla natura stessa dei diritti reali.

7. In conseguenza di questa teoria il creditore ipotecario conserva la sua ipoteca sulla realtà dell'usufrutto, benchè colla consolidazione abbia perduto il nome (*a*). Per rendere assurda questa combinazione non può già dirsi che *res sua nemini servit*, giacchè rimontando al tempo in cui l'usufrutto era separato dalla proprietà, nel qual tempo fu ipotecato, noi supponiamo persistente ancora la separazione, e il proprietario dividersi come a dire in due persone fornite di diritti e legate da obbligazioni distinte. Il creditore insoluto perseguita il diritto d'usufrutto, cioè *quel valore che si compone della somma delle percezioni probabilmente verificabili a vita del debitore* (*b*), che possono quindi forzatamente alienarsi. E allora la separazione torna a diventar fisica e di fatto, finchè l'antico usufruttuario rimanga in vita; la consolidazione si avvera definitivamente ne' suoi eredi (*c*).

(*a*) « L'usufrutto resta come lo era prima che si fosse ipotecato » dice Grenier N. 146. che però non ha toccato il fondo della quistione.

(*b*) Colle debite proporzioni se la durata dell'usufrutto è a tempo fisso.

(*c*) Leclercq. T. VII. N. 270. è uno dei pochissimi che non si attenga a questa teoria. Egli adotta piuttosto che nel caso di consolidazione il creditore acquista il diritto al rimborso; dottrina che non ha verun appoggio nè razionale nè giuridico.

Digitized by Google

§. CCIX.

Se il gius d'usufrutto è costituito ad diem o sub conditione, la ipoteca segue la stessa sorte; e di alcuni casi utili a ricordarsi.

La massima non ha bisogno di essere dimostrata; ma gioverà far registro di alcune belle applicazioni del Battur che in pratica possono tornare utilissime.

1. È notevol caso quello della *L. uxori* 35. D. de usu *et usufr. legat.* Un testatore legò alla moglie l'usufrutto d'una sua villa a termine di cinque anni; spirati i quali, il fondo (la proprietà piena) si trasferisse negli eredi. La donna morì nel corso del quinquennio; e il giureconsulto (Scevola) decise che gli eredi avrebbero il fondo senza sospensione alcuna.

Ma il Battur propone un caso più difficile. Mevio è legatario dell'usufrutto per cinque anni; dopo lui lo stesso diritto passerà a Mevio. Il primo legatario non vive che due anni; chi godrà il fondo nei tre anni che mancano? Egli dice, l'erede; e giustamente (*a*).

2. Se il gius d'usufrutto è stato legato a Cajo *sotto condizione*, e il fondo è stato legato a Tizio *puramente*, in pendenza della condizione, il frutto si percepisce dal legatario della proprietà e non dall'erede. Siccome la caducità nella condizione avrebbe a lui profittato, non all'erede, è consentaneo alla natura delle cose che ugualmente a lui giovi la sospensione. Laonde *la ipoteca che il fruttuario può a suo grado anticipare sul futuro usufrutto, non acquisterà efficacia che allo spirare del godimento intermedio.*

3. Nel terzo esempio l'autore si scosta dal diritto romano. Fu sentenza di Modestino che qualvolta ad uno fosse legato *il fondo*, ad altri *l'usufrutto dello stesso fondo*, al primo non solamente

---

(*a*) Res quae sub conditione legata est, *interim* haeredis est. L. ex post litem D. fam. erciscun. È chiaro che la ipoteca che fosse stata imposta sul primo gius d'usufrutto, dopo il biennio è venuta meno.

Digitized by Google

pertenesse la proprietà ma eziandio la metà dell' usufrutto. Volevano espressione più chiara: e che proprio si dicesse — *detracto usufructu* (*a*). Al francese parve sottigliezza, ed era precisione.

4. Aggiungo un altro esempio interessante per conto mio. Un Sempronio attalo istituisce erede Tizio, obbligandolo di cedere a Cajo un fondo che ha in Italia, dopo un decennio, *detracto usufructu:* e valeva il dire, che Tizio cominciasse ad essere usufruttuario dopo gli anni dieci. Cinque anni dalla morte del testatore chiude gli occhi anche Tizio, l' erede; passano gli altri cinque anni, *et cedit dies* nel quale deve il fondo consegnarsi a Cajo. Il quale domanda che gli sia dato in piena proprietà, non soggetto alla servitù d' usufrutto. Ma l' erede dell' erede, pretende che abbia a dedursi a favor suo l' usufrutto, come si sarebbe fatto se Tizio non fosse così presto andato all' altro mondo. Il giureconsulto gli dà ragione, osservando che, sebbene *dies legati cesserit* immediatamente dalla morte del testatore, nonostante l' usufrutto a favore dell' erede non comincia se non dal giorno in cui, passato il decennio, si avvera il dominio del legatario: dominio che si trasmette in lui *deducto usufructu.* Laonde in questo special caso l' usufrutto appartiene all' erede dell' erede, e con lui finisce. Che perfetti giudizî eran quelli! L' erede pertanto avrebbe potuto costituire ipoteca sopra quell' usufrutto in prospettiva che doveva cominciare dopo dieci anni nella persona del suo erede (*b*).

(*a*) L. si alii 19. D. de usu et usufr.

(*b*) L. Sempronius 26. D. de usu et usufr. legat. Anche qui la legge non considera come usufrutto che il *formale*, che comincia dopo il decennio. V. sopra §. . . .

Digitized by Google

§. CCX.

Si tratta della durata dell' usufrutto, e quindi della ipoteca che vi è imposta, nelle specie seguenti 1.° Se l' usufrutto o un legato annuo è lasciato a un corpo morale 2.° se oltre la persona dell' usufruttuario si estenda agli eredi.

1. L' usufrutto si perde in molti modi (*a*); ma suol dirsi che per due sole contingenze finisce: per trascorrimento del tempo prefinito: per morte dell' usufruttuario (*b*). È deciso che l' usufrutto legato ai Corpi morali che godono la immortalità, *duri cento anni* (*c*), che è il lunghissimo spazio della vita umana (*d*).

2. Il *Legato annuo*, come io penso, è capace d' ipoteca non meno dell' usufrutto; chè in sostanza è un vero usufrutto (*e*), anzi talvolta con estensione maggiore (*f*). Ma la singolare elasticità di questa forma si manifesta allorchè il *Legato annuo* è lasciato al municipio, a un luogo pio, alla repubblica, in genere a un corpo morale.

Per la dottrina di Bartolo (*g*) è una perpetuità che finisce nel corso di un secolo secondo l' esempio dell' usufrutto, ragionando

---

(*a*) Cinque ne annovera la giurisprudenza comune — diminuzione di capo — mutamento della cosa — non uso — cessio in jure — consolidazione.

(*b*) E questa vale come regola a cui si acconcia, al possibile, ogni interpretazione. Menoch. cons. 51. lib. 1. — 201. Lib. 3. Cephal. Cons. 419. N. 75. Lib. 3. Pacion. de probat. Lib. 1. C. 8. N. 14.

(*c*) L. 8. D. de usu et usufr. leg.

(*d*) Non fanno ostacolo i computi famosi della L. haereditatum 68. D. ad L. falcid. che hanno un diverso oggetto.

(*e*) In singulos annos relictum legatum *simile est usufructui* L. 8. D. de annuis legat.

(*f*) Perchè non finisce colla diminuzione di capo. L. 8. eod. L. 10. D. de cap. diminut.

(*g*) In l. annua §. a titia D. de ann. legat.

Digitized by Google

dalla somiglianza di codesti diritti (*a*). Ma la opinione contraria è del maggior numero (*b*). Ed è favorita da una discretiva potentissima, perciocchè quando piacque al legislatore porre un termine, comecchè lunghissimo, disse *i cento anni* (V. sopra N. 1.); laddove il legato annuo della repubblica, e dei decurioni è letteralmente chiarito *Perpetuo* (*c*). La *perpetuità* non è una vana espressione in diritto; ma, per quanto il comporta il soggetto, è la negazione di ogni temporalità e di ogni termine (*d*). L'indole di questo stesso legato lasciato a una rappresentanza perpetua sembra ripugnare alla cessazione. Un legato annuo per esempio di fornire ad una determinata chiesa un cero per una funzione periodica, come qui abbiamo avuto; o l'altro, nel suo piacevole stile memorato dalla glossa d'Accursio, dell'annuo legato di una somma alla città di Bologna per correre il pallio *ad porthecam et roncinum;* che non si sa vedere perchè dopo un secolo dovesse finire. Così un legato annuo per la celebrazione di messe istituite da un pio istitutore a qualche vescovado perchè dovrebbe perire, se il sacerdozio cattolico è perpetuo, e perpetuo il bisogno delle anime e la utilità dei suffragî? Perciò questa scuola non vede il termine del legato annuo se non col venir meno del corpo

---

(*a*) D. l. 8. D. de ann. leg. Seguirono questa dottrina originale l'Alessandro, l'Ancarano, il Bolognini, Cotta, Anania ecc.

(*b*) Covarruvias ne discute lungamente nel Capo IX. del Lib. III. Var. resolut. Castill. C. 61. Simone De Praetis Inter. ult. volunt. L. 4. dice che tutti i dottori sentono a un modo; il che è falso; ed è poi curioso che il Cotta diceva a sua volta che l'opinione comune era quella di Bartolo. Al Covarruvia si aggiungono il Parisio, il Ruini, il Panciroli, il Riminaldi, il Pellegrino ecc. e fra gli antichi Giacomo di Ravenna, Lancelotto, e costantemente Accursio nelle Glosse.

(*c*) In tre luoghi di quel titolo de ann. legat. — L. 6. L. 20. in fin. L. 23.

(*d*) Così perpetue si dicono le eccezioni, perchè ad ogni sorgere dell'azione, e in qualunque tempo sono pronte agli ordini del reo. L. pure mihi D. de doli mali except. in fin. Quando si è voluto restringere la perpetuità a certi termini, si è dovuto esprimere, come nelle prescrizioni.

Digitized by Google

morale a cui è affidato (*a*). Non può negarsi, che quantunque l' usufrutto e il legato annuo abbiano tratti di somiglianza, non in tutto concordano; anzi in più luoghi sostanzialmente differiscono. Nulla vi ha poi d' incivile in questo che la *proprietà utile* risiegga presso il legatario; restando nell' erede la *diretta* benchè improduttiva (*b*).

3. L' usufrutto *trasmissibile negli eredi*, nel *primo erede si estingue* (*c*). Tale limitazione non ha propriamente causa in quel principio che il legato della proprietà non torni inutile; giacchè abbiam visto che il gius d' usufrutto, sull' ali della volontà dell' istitutore, può estendersi eziandio all' infinito. Ma quella savia regola del diritto romano ha sembianza di transazione fra le ordinarie abitudini dell' usufrutto che è di cessare colla persona dell' usufruttuario, e il volere espresso che abbia a trasmettersi per successione. Laonde si abbracciò il primo termine, che meno innova sul carattere dell' usufrutto, e insieme adempie in modo sufficiente al voto dell' istitutore.

§. CCXI.

Dell' usufrutto legale del padre sui beni avventizi del figlio per gli effetti della ipoteca che vi è costituita.

1. Io tento restringere vasti problemi in forme brevi e risolute, quanto non pregiudichi alla chiarezza, pensando che la nozione della ipoteca non sia compiuta senza quella del diritto di proprietà in cui è fondata. Recando al mio dire questa egregia

---

(*a*) Donec ipsa respublica finiatur. Covarruv. Barbat. Coredezo con las in L. annual. C. de legat. Ma intendi se propriamente il corpo morale è estinto, non se si tramuta in un altro che con altro nome e forse non identiche attribuzioni ne continui l' esistenza; come se per esempio soppressa una corporazione religiosa per ordine del Papa altra vi subentra, o lo stesso fisco della Camera, ne raccoglie l' eredità.

(*b*) A spiegazione di ciò che dice l' Imperatore nelle Institut. de usufr. §. 1.

(*c*) L. antiquitas 14. Cod. de usufr. §. 529. del Codice Austriaco.

Digitized by Google

materia dell' usufrutto paterno, ricorderò che per quella nervosa concentrazione della patria podestà che fu politico senno dell' antica costituzione romana, il padre traeva a se la proprietà piena dei beni avventizî dei figli che il *gius novum* restrinse all' usufrutto (*a*). È noto ancora che questa *plenissima potestas* per cui tal sorta d' usufrutto si volle eminente sopra ogni altra (*b*), è dissipata dalla contraria volontà dei donatori che possono proibirla per fare più pingue il dono, per poca fiducia o avversione alla persona del padre (*c*). Intorno all' efficacia del linguaggio che usano i testatori e alla forza delle congetture che sogliono modificarne la espressione, è quistione di fatto, estranea ad una ricerca ipotecaria. Noi dobbiamo supporre che il gius d' usufrutto esista; ma c' interessa di conoscerne la *quantità:* in altri termini, la durata di questo usufrutto. E propriamente se finisca *colla morte del figlio*, o col dissolversi della patria podestà; o continui finchè basti la vita al padre superstite (*d*).

2. Io vedrei questa famosa quistione in un modo molto semplice. Tre leggi del Codice sono a questo proposito evidentissime. *La 7.ª C. ad S. C. Tertull., la 11.ª (ultima) C. Commun. de success.; e la 4.ª C. de bonis quae lib.* dichiarano di conserva che l' usufrutto del padre dura *usque in diem vitae suae.* Ma se fondamento di questo diritto dei padri è appunto la patria podestà, vi ha chi argomenta che, sciolto il vincolo, e mancata colla morte del figliuolo la base della misteriosa identità paterna, cessi eziandio l' usufrutto del padre. Sono però sì chiare e aperte le disposizioni

---

(*a*) L. cum oportet L. fin. C. de bon. quae liber.

(*b*) Pinell. ad L. 1. C. de bonis matern. P. 2.

(*c*) Autent. excipitur C. de bon. quae lib. Autent. ut liceat matri et avi etc.

(*d*) Due lumi della Curia bolognese, gli Avvocati Silvani e Lisi con nobilissime scritture disputarono di questo argomento; duolmi non averle più sott' occhio per consultarle; senzachè non potendo qui seguire le larghe vie del foro, mi restringo ad alcune idee normali. Il ch. giureconsulto e scrittore, Avv. Giovanardi Sist. ipot. Dist. 18. §. 15. dice avere difesa in quella quistione il tema della cessazione dell' usufrutto alla morte del figlio.

Digitized by Google

legislative che ogni critica perde vigore. Vince poi il considerare che alla continuità del diritto basta che la causa efficiente di esso sia esistita nel tempo in cui nacque, ed abbia cominciato ad operare il suo effetto: come projettile che continua il corso e descrive la sua parabola quantunque si ritiri la mano che lo ha lanciato (*a*). È questa la natura dei diritti quesiti: Vi si aggiunge quella celebre costituzione di Giustiniano (*b*) per la quale è deciso che l'usufrutto che dal servo o dal figliuolo si acquista al padrone e al padre, nè colla alienazione o manumissione si estingue, ma rimane inviolato (intactum); nella stessa guisa, che per la media o massima diminuzione di capo sofferta dal padre, l'usufrutto continua e sopravvive nel figlio. Oh! quelle leggi specialmente che tenevano al diritto pubblico e alla politica, alzando, a così dire, l'estremo lembo delle relazioni in ordine alle quali si costituiva il precetto, velavano le altre meno accessibili alla comune intelligenza, e formate in più elevate regioni. Meschina cosa è giudicare le relazioni della paternità colla misura di un ordinario contratto civile! Il padre, questa personificazione dello stato nel capo della famiglia, *dominus* (*c*) dei figli e d'ogni loro sostanza, decaduto colla civiltà del jus novum e delle leggi di Giustiniano, conservò tuttavia molti fra i vantaggi della sua posizione. Privato della proprietà dei beni avventizi dei figli, gli rimase l'usufrutto; omaggio indebolito della sua podestà; pure a lui speciale; e quindi di una natura caratteristica e propria. Un nobile sentimento d'umanità, congiunto a un certo rispetto verso la dignità sua, non permise che colla perdita del figlio, si affliggesse il padre eziandio con quella del patrimonio: forse unico sostegno dei cadenti suoi giorni. Portate le idee a questa elevazione, appajono assai povere le quistioni che si fanno, se l'usufrutto che gli compete sia una *semplice comodità*, che alla fine è l'unico scoglio

---

(*a*) Dopo Bald. Gomez. Castill. Surd. Cons. 116. N. 46. 47. L. 6. Oddo Cons. 51. N. 4. Lib. 1. Pinell. Par. 1. L. 1. Cod. de bon. matern. N. 39. e segg.

(*b*) L. final. C. de usufr.

(*c*) Affatto introducibile.

Digitized by Google

contro cui si combatte, giacchè se trattasi di vero e proprio usufrutto, è forza convenire che per questa sola ragione il padre deve conservarlo sino alla morte (*a*).

§. CCXII.

Avvertenze sui Codici moderni.

Faremo un breve confronto delle dottrine tolte dal gius romano colle disposizioni dei nostri codici.

Il tesoro delle nozioni primitive è tutto raccolto nel diritto romano. Se vi hanno modificazioni nei nostri codici, esse cadono sulla causa d'estinzione, e su quella specie d'usufrutto che chiamiamo legale.

1. L'usufrutto si perde col *non uso* per dieci anni fra i presenti, e venti fra gli assenti; ma non col tempo soltanto, dovendo concorrere nel proprietario il titolo e la buona fede (*b*). Senza ciò è necessario un decorso di anni trenta.

Il Codice Austriaco riconosce un diritto di usucapione nel possesso legittimo e di buona fede del terzo (§§. 1462. 1463.).

Ma le ipoteche iscritte sull'usufrutto cesseranno per questo? Non per questo solo. Altrimenti il creditore per il fatto negativo del debitore perderebbe il diritto, locchè non è ammissibile (*c*). Che se lo stesso creditore tace per trent'anni, potrà sorgere una quistione di prescrizione, in ordine al suo diritto, ma diversa da quella che la legge suppone decisa fra usufruttuario e proprietario. Sarà materia d'altro luogo.

2. Per grave *abuso* l'usufruttuario può esser privato del suo diritto. Questa sentenza non passa senza opposizione presso gl'interpreti del diritto romano, ma prevale alla contraria, comecchè

(*a*) L. placet 79. D. d. adquir. haer.

(*b*) Inst. de usufr. §. 3. L. corruptionem 16. C. de usufr. Ed estinguesi insieme l'azione personale, come ammonisce la detta legge. Alcuni interpreti pensarono il tempo solo bastare, ma sono in errore.

(*c*) Ved. il seguente N. 3.

Digitized by Google

manchi nelle leggi una disposizione espressa (*a*). E similmente si professa nei nostri codici. L'ipoteca non deve perire; ma l'argomento merita alcune parole.

L'usufrutto è, senza dubbio, un *jus debilius* dell'enfiteutico, ma è altresì più indipendente: esso è una *servitù*; il diritto dell'enfiteuta si svolge da tutt'altro principio. In fatto di caducità non è lecito dall'una all'altra istituzione argomentare. L'usufruttuario per causa di abuso decade, non tanto perchè gli si voglia infliggere un gastigo, quanto piuttosto perchè vuolsi evitare un danno al proprietario. Difatti abuso non si può concepire *dove non sia lesione di quella sostanza* che l'usufruttuario deve rispettare. Se il danno è riparabile, se può farsi incontro con qualche onesto provvedimento al pericolo futuro, o se anche l'usufruttuario avesse data ampia cauzione pel suo esercizio, cessa lo scopo della rimozione e la ragione della legge. La ipoteca quindi collocata sopra quell'usufrutto non finisce immediatamente colla prova dell'abuso, s'esso non sia irremediabile. Il Codice Napoleone ha in questa parte migliorata la legge antica, che male si era spiegata, e fu costretta di lasciarsi interpretare. Il Codice previde la condizione dei creditori dell'usufruttuario, e dettò il rimedio. *Diede loro facoltà d'intervenire alle liti, e offrire delle riparazioni dei commessi deterioramenti, e dare delle cauzioni per l'avvenire* (art. 618.) (*b*). Lasciò prudentemente ai giudici decidere *secondo le circostanze*, l'estinzione assoluta dell'usufrutto; ovvero ordinare *l'immissione del proprietario col peso di pagare annualmente all'usufruttuario, o agli aventi causa dal medesimo una somma determinata*: in faccia alle quali emergenze quale sarà il destino della ipoteca?

Solamente in quest'ultima circostanza la controversia è possibile. È mio avviso che la ipoteca si mantenga nel suo vigore sendo che in effetto l'usufrutto progredisce rappresentato da una risposta civile che paga lo stesso proprietario, *ratione comoditatis*

(*a*) Bald. Cons. 290. Vol. 2. Castrense. Romano. Barbazza. Castillo. Cipolla. Malvassia cons. 38. N. 17. e 18. ed altri moltissimi.

(*b*) Codice delle Due Sicilie Art. 543.

Digitized by Google

perchè giova ch'egli amministri i fondi; e, a dir vero, non si ha mutamento alcuno eccettochè nell'amministrazione. Tale usufrutto potrà oppignorarsi come ogni altro; vendersi, come si vende un fondo affittato, per distribuirsene il prezzo ai creditori ipotecarî. (*a*).

3. Rispetto all'usufrutto che si perde pel *non uso*, la ricerca ha una certa gravità, non considerata dagli scrittori. Supponiamo che Tizio, usufruttuario, imponesse sul suo usufrutto una ipoteca a favore di Mevio; indi per trent'anni si rimanesse dal goderne. Il creditore ipotecario, la cui azione non è prescritta, oppignora l'usufrutto e lo manda all'asta. Due quistioni 1.° Se ci sia materia oppignorabile, o se l'usufrutto sia estinto. 2.° Se il valore di tale usufrutto, qualora esista, sia rappresentato dalle annate decorse congiunte a frutti futuri, o solamente a questi si restringa.

La prima quistione deve risolversi nel senso che l'usufrutto non sia estinto. Perciocchè non si avvera il *non uso*, dato che l'usufruttuario già vi pose ipoteca. E poichè la ipoteca continuò a rimanere accesa nè mai si spense, questo fatto permanente, nel mio modo di vedere, si oppone alla idea dell'abbandono e della implicita rinuncia; e serba perpetuo il segno dell'animo e della volontà del debitore. Nè il terzo, o il gaudente proprietario potrebbero scusarsi colla buona fede e colla ignoranza, essi che dovevano conoscere la esistenza della ipoteca.

La seconda quistione è più facile. Sui frutti consunti non può levar pretesa il creditore ipotecario, perciocchè l'oppignoramento dell'usufrutto di natura sua non colpisce che il diritto delle percezioni future.

4. L'usufrutto a favore dei corpi morali o perpetui non dura che trent'anni Cod. fr. art. 619. Due Sicilie 544. Sardegna 530. (*b*) Modena 491. Parma 474.

5. L'usufrutto paterno è determinato in vario modo dai nostri codici, cui potranno essere applicabili con giusta misura gli esposti principî.

(*a*) Il Codice Sardo accorda saggiamente ai Tribunali la facoltà d'imporre delle cauzioni, decretare un affitto ecc. E il Modonese art. 490.

(*b*) In nessun caso l'usufrutto dei corpi morali dura oltre gli anni 60; nè oltre i cento giusta il Parmense art. 474. detto.

Digitized by Google

CAPO III.

IPOTECA DEL DOMINIO DIRETTO, E DEL DOMINIO UTILE

§. CCXIII. — *Stato della giurisprudenza enfiteutica in Francia al tempo delle discussioni sul codice.*

§. CCXIV. — *Se giusta il codice francese il gius d' enfiteusi sia capace d' ipoteca.*

§. CCXV. — *Se il gius del locatario a lungo tempo sia suscettibile d' ipoteca.*

§. CCXVI. — *Le decime sono capaci d' ipoteca quando si rispondono in luogo di canone.*

§. CCXVII. — *Della proibizione d' ipotecare il dominio relativo pattuita fra direttario ed enfiteuta.*

§. CCXVIII. — *Se i proprietari delle loggie in un pubblico Teatro abbiano un dominio suscettibile d' ipoteca.*

§. CCXIX. — *Della costituzione di rendite; e della giurisprudenza censuaria nei suoi rapporti generali col sistema ipotecario nello Stato Pontificio.*

§. CCXIII.

Stato della giurisprudenza enfiteutica in Francia al tempo delle discussioni sul codice.

1. Non che annoverare l' enfiteusi fra le cose immobili capaci d'ipoteca, il Codice Napoleone sembrò averne dimenticato il nome; dal quale veramente maraviglioso silenzio argomentando alcuni celebri scrittori, come il Grenier (*a*), e il Iollivet (*b*) posero la enfiteusi fuori della legge ipotecaria.

(*a*) N. 145.

(*b*) Confer. del Cod. Civ. Vol. 7. pag. 165.

Digitized by Google

Scrittori più recenti portarono diversa sentenza (*a*). Altri parvero avere raccolte dalle incertezze della vecchia giurisprudenza francese le più confuse nozioni su quella istituzione (*b*).

2. Prima ricerca se, avanti la rivoluzione, la enfiteusi si conoscesse in Francia, e come fosse definita. In mezzo all'oscurità di questo punto storico, non pare solidamente contraddetto il fatto di una vera e pratica accettazione di quella forma di contratto, in ispecie nei paesi di diritto scritto, e dove dominava il gius romano. Bisogna però convenire che, forse in nessun altro luogo, i lineamenti dell'enfiteusi furono più guasti e sformati dal marchio del feudalismo. Facilmente il contratto enfiteutico venne confuso o scambiato coi diritti censuali, e coi vari aspetti delle transazioni signorili (*c*). Il nome d'enfiteusi, eziandio nei rapporti meramente privati, fu ripetuto con sempre minore frequenza; e surrogato per solito da quello *di affitto perpetuo*, o anche di *censo riservativo* (*d*). In quanto alla sostanza degl'involuti sistemi d'allora, i giuristi non seppero fare uscire i veri caratteri della enfiteusi comune, che confusamente ravvisavano in ogni contratto *di rendita perpetua prediale.*

3. La giurisprudenza parve sollevarsi a nuove investigazioni dopo quella grande scossa delle leggi rivoluzionarie (*e*). Parea arrivato il tempo in cui tutte le idee e tutte le istituzioni che dormivano tranquille in seno a un passato neghittoso, dovessero svegliarsi per render conto di se stesse a una generazione d'uomini

---

(*a*) Troplong N. 405. il quale traccia appena poche linee sopra sì importante materia. Duranton T. 10. N. 268. Persil. pag. 120. e seguenti N. 15.

(*b*) Delvincourt. T. 3. pag. 185. Proudhon usufr. T. 1. N. 97. ne fanno ragguaglio alla locazione; non negando però all'enfiteuta *un jus in re*, che certamente non è il carattere della locazione. Il Toullier Tom. 3. N. 101. non sa decidersi.

(*c*) Schiltero Exerc. 16. N. 66.

(*d*) Pothier. Contr. di affitto perpet. C. 1. N. 1. C. 5. art. 4. N. 111.

(*e*) 11 Agosto 1789. 3 Novembre 1789. 15 Marzo 1790. 28 detto. 18 Decembre 1790. 29 detto. 25 Agosto 1792. 28 detto. 17 Luglio 1793.

Digitized by Google

che pretendeva la missione di rigenerare la terra. È allora che si parla di tutto, e di tutto si discute dopo secoli d'apatìa e di silenzio. In quel furore di mobilizzare quanto il consenso universale degli uomini aveva sempre riputato stabile e fermo, i giuspubblicisti alzavan le ciglia e guardavan sospettosi l'avvenire. Se alla industria e al commercio si volevano assicurare le grandi conquiste che si venivan preparando, era pur d'uopo ancora di conservare, lasciar intatte le basi delle benefiche istituzioni, e col fulcro delle leggi novelle consolidarle. Poteva temersi che coll'abolizione delle rendite signorili si colpissero rendite d'altra natura: l'enfiteusi specialmente correva questo pericolo. Collocata fra il *censo* e il *feudo*, vide questo abolito, e quello ridotto alla funzione di mobile, divenuto incapace d'ipoteca; d'altra parte fra le tradizioni sconnesse e diverse che andavano attorno, quelli che chiameremo conservatori, non trovavano sicuro appoggio per ricostruire la enfiteusi sopra solide basi.

Uno dei propugnatori della enfiteusi fu Merlin, che, favellando secondo i tempi, ne difese la innocenza dicendo, che *la ritenzione della signoria è quella di una porzione della pubblica podestà sul fondo che si concede*, laddove *la ritenzione di un semplice dominio enfiteutico, non ha congiunta veruna specie di podestà, ma solo una proprietà di puro diritto privato* (*a*).

4. Al tempo della discussione sul Codice, lo stato antico e nuovo della giurisprudenza enfiteutica in Francia può così compendiarsi 1.° In diritto è certo che la enfiteusi del tipo romano poteva liberalmente convenirsi; benchè in pratica ed in fatto poche esistevano che non inclinassero alle forme signoresche, e non contenessero qualche mistura di feudalità. Da ciò la difficoltà grande di ben ravvisarle e distinguerle. 2.° Non tutti i beni-fondi potevano costituirsi in ipoteca (*b*). 3.° La nomenclatura classica della

---

(*a*) Feudo Sez. 2. §. 7.

(*b*) Come *i franchi allodi non nobili* — Solo *i franchi allodi nobili* si potevano concedere o in suffeudo o in enfiteusi, secondo la volontà del padrone; la qualità e natura dell'atto era determinata dalla sua forma e dalle sue clausule e condizioni; ma quante dubbiezze si affacciavano nell'atto pratico! Merlin. Mosca Dell'Enfiteusi pag. 34.

Digitized by Google

enfiteusi avea sofferto delle grandi alterazioni, il che avviene sempre a scapito della idea (*a*). 4.° L'enfiteusi *perpetua*, per la legge 17 Luglio 1793 era divenuta temporanea, atteso la facoltà data agli enfiteuti di redimere la rendita. 5.° Le enfiteusi di loro natura temporanee non patirono mutamento (*b*).

Sino a questo punto non si era parlato d'ipoteca. Ma le leggi 9 Messidoro anno III. e 11 brumajo anno VII. tennero capace d'ipoteca, come l'usufrutto, *così il godimento a titolo enfiteutico degli stessi beni pel tempo della loro durata. Le rendite* già costituite anteriormente a quelle leggi conservarono la loro potenza ipotecaria; *soltanto* quelle che fossero a costituirsi nell'*avvenire non potrebbero essere colpite da ipoteche.*

Assisi su questo passato, che fecero i redattori del Codice? L'enfiteusi aveva ricevuto un colpo nel cuore colla redimibilità. Cambacères (*c*) e Maleville non poterono riporla nell'antico stato contro quella maggioranza che compose il §. 530., che soppresse il nome della enfiteusi per tutta la lunghezza del Codice; che non conobbe fuorchè *delle rendite*, e nessuna che fosse perpetua.

(*a*) Tanto è vero che nelle varie leggi rivoluzionarie che ne discorsero sembrava smarrita la idea dell'ente — *enfiteusi* — che si denotava *dalla rendita.*

(*b*) Merlin. Ved. Enfit. §. V. Non a tutte le menti però codesti fatti giuridici si presentavano colla stessa chiarezza. — Il Tribunale, e così il Consiglio di Stato rigettando ogni distinzione fra le rendite enfiteutiche e signorili, le tenne tutte abolite in forza della legge 17 Luglio 1793. Giudizio poi rivocato dalla Corte di Cassazione, rapporto *all'enfiteusi temporanee, e non miste di diritti feudali.* Dalloz Giurispr. Univ. V. Feudalità.

(*c*) Era uno di quelli che teneva la enfiteusi già abolita in forza della L. 17 Luglio 1793.

Digitized by Google

§. CCXIV.

Se giusta il Codice francese il gius d' enfiteusi sia capace d' ipoteca.

1. Per tacere degli altri, già nominati (§. CCXIII. N. 1.), lo afferma risolutamente il Troplong; lo aveva negato Grenier (*a*); anche Delvincourt pensa che quella istituzione perisse nel codice.

2. La mia opinione, per altri motivi, è quella di Grenier. I motivi son quelli principalmente con ammirabile criterio esposti dal Chiesi (*b*). Io li compendio, e poche cose vi aggiungo.

Giusto è il distinguere fra le enfiteusi costituite anteriormente al Codice e quelle venute dopo. Anche in Francia le prime furono annoverate fra le cose immobiliari e ipotecabili (§. preced.). Gli scrittori interrogarono, a così esprimermi, il silenzio del Codice, per sapere s' ei rispettasse il diritto anteriore, o equivalesse a una deroga. Alcuno trovò che la deroga del silenzio era troppo poco; altri, come il Troplong, per analogia argomentando dal gius d' usufrutto, che in relazione alla idea del dominio certamente sottostà a quello d' enfiteusi, vedeva nella ragione identica la uniformità del disporre. E questo è il motivo migliore; se ne adducono altri ancora più deboli. Veramente quella ommissione, in una legislazione tanto studiosa dei particolari, sollecita di definire, e ch' ebbe sopra tutto in pregio la facilità e chiarezza della esposizione, ha un significato notevolissimo. Il Chiesi è originale nel dire, che in questi e simili motivi non consiste la quistione; ma più presto nel vedere se codeste forme incomplete del dominio fossero riconosciute dal Codice. Egli lo esclude colla nozione stessa della proprietà proposta dagli art. 543 e 544. Donde ricava che quella divisione di dominî (diretto-utile) non è punto possibile; e conclude che « l' enfiteusi è inconciliabile coi principî del codice Napoleone ».

(*a*) N. 145.
(*b*) N. 578.

Digitized by Google

E lo è per certo, specialmente chi consideri che l'art. 530. nella generale espressione di rendite *(qualunque rendita)* assorbe quella eziandio che chiamiamo livellaria, essendo assurdo escluder dal tutto la parte. Io ne tolgo che la deroga non è solamente tacita, ma espressa. Perciò le prestazioni enfiteutiche convenute sotto l'impero del Codice, dovendosi tutte rassegnare a quell'articolo, e quindi appartenendo alla categoria dei *beni mobili*, sfuggirono al dominio della ipoteca. Informate dalla legge nuova, che pretendea di porsi fra quelle che interessano l'ordine pubblico (*a*), quelle contrattazioni doveano subire la forma legale, quali si fossero le parole usate dai contraenti, e la stessa loro volontà.

3. Tutto questo riceve una evidente conferma nelle disposizioni dei codici moderni che più attinsero dal francese. Il Codice Siciliano e il Sardo (*b*) e gli altri, si videro in necessità di enunciare fra gl'immobili suscettibili d'ipoteca *il diretto e l'utile dominio*, abbandonando la generica teoria delle rendite perpetue (*c*).

(*a*) Era impossibile che il Codice, maturo figlio della rivoluzione, non tenesse in molta parte a quelle idee, che avevano fatto della *mobilizzazione* un principio di pubblica prosperità.

(*b*) Il Sov. editto del 1822 non fece parola d'enfiteusi, ma bene si provvide nel Cod. Civile.

(*c*) Una legge recentissima è stata promulgata dal re di Sardegna; ha la data del 15 Luglio 1857. La qual legge ha per fine precipuo lo svincolo o consolidazione dei dominî -- diretto e utile -- delle enfiteusi perpetue anteriori al Codice Civile. Indi nell'art. 4. stabilisce ciò che l'utilista deve pagare al direttario di capitale del canone (al 5 per 100), di laudemî etc. I diritti di privilegio, i doveri d'iscrivere e rispettivamente trascrivere nell'ufficio del catasto, e delle ipoteche, richiameranno la nostra attenzione nei luoghi opportuni.

Digitized by Google

§. CCXV.

Se il gius del locatario a lungo tempo sia suscettibile d'ipoteca.

1. Gli errori avrebbero minor fortuna al mondo se chi gli accetta potesse a un tratto percepirne tutte le conseguenze: egli incontrerebbe sempre qualche intoppo che lo fermerebbe per via. Dicono gl'interpreti con netta e recisa sentenza, che *la locazione a lungo tempo è alienazione* (*a*); ma di un pronunciato così assoluto non calcolarono il seguito intero. Perciocchè camminando per questa strada, si arriva presto a dei risultamenti che mostrano la falsa direzione che si è presa.

Vero è però che *l'alienazione* doveva intendersi parziale e ristretta *all'utile dominio* (*b*); ma portando molto innanzi il discorso si sarebbe potuto facilmente comprendere che bisognava rinunciare a non pochi fra gli effetti di una vera e propria alienazione; e che si andava a creare una situazione affatto irregolare ed anomala.

2. In altro libro (*c*) mi si aperse il campo di combattere il cieco assolutismo di una teoria a cui le sincere fonti del diritto non prestano appoggio. Ivi osservai che nè la *L.* 1. §. *quod ait ff. de superfic.*; nè la *L.* 1. *D. si ager vectig.*; nè la *L. codicillis* 91. *D. de legat.* 2.; nè finalmente la *Clementina de reb. Ecc. non alien.* giustificano in verun modo quella sentenza, se non ad alcuni effetti che per me si venivano dichiarando. E mi parve di ridurli a soli quattro (N. 53.). Il primo, d'ordine negativo, consiste in ciò che la proibizione dell'alienare contiene quella eziandio del locare a lungo tempo. Il secondo, che non è testuale ma deduttivo, è quello che nelle diuturne locazioni dell'utile enfiteutico, abbia a rispondersi un laudemio. Il terzo è di una specialità anco maggiore; l'obbligo cioè del successor singolare di rispettare la

---

(*a*) Merlin. de primog. Lib. 1. Cap. 21. N. 1. — Fulgin. — Prelud. q. 5.
(*b*) Pacion. de locat. Cap. IV.
(*c*) Contratto d'enfiteusi N. 49. e segg.

Digitized by Google

locazione a lungo tempo. L'ultimo una specie di possesso, e di *gius in re* che si attribuisce al locatario, in luogo della detenzione semplice che è nel conduttore comune. Così l'elemento temporale, che tanto importa nel modificare i diritti, ha una valutazione legittima; senza che però si cangi la naturale indole del contratto, nè che una locazione si trasmuti in enfiteusi (*a*).

3. Tutto questo è in relazione ai principî dedotti dal diritto comune. Del codice di Francia, o dei nostri italiani, non è luogo a parlare; ivi il termine della locazione dipende dalla libera volontà delle parti; e si rimane sempre nei suoi termini naturali. All'incontro nello Stato Toscano, *la locazione a lungo tempo* è posta al paro del *dominio diretto*, e *dell' utile nei livelli* per gli effetti della ipoteca (*b*). Nella chiara esclusione degli altri codici, e nella non meno chiara inclusione della legge Toscana, ogni disputa deve tacersi. Ma la quistione mantiene tutta la sua importanza nello Stato Pontificio, retto dal diritto comune.

Or dunque potrà la ipoteca (generale) colpire il preteso *dominio utile* del locatario a lungo tempo, come quello dell'enfiteuta; o il locatario a lungo tempo avrà facoltà di sottoporlo ad ipoteca speciale? Se noi abbiamo il coraggio di rigettare la comune dottrina dell'alienazione, ci svanisce sotto mano la materia del disputare, essendo evidente che, se il pieno dominio rimane nel locante, il conduttore non può di nessuna maniera oppignorarlo. Pertanto ciò che bisogna stabilire si è, che non vi ha alienazione; o almeno non vi ha che un'alienazione impropria e fittizia a certi singolari effetti, che abbiamo già enumerati (N. 2.). Altrimenti non si potrebbe sfuggire alla forza di quell'argomento, cioè, che ammettendosi dalla legge la capacità passiva del dominio utile nella enfiteusi a ricevere ipoteca, converrà concludere ugualmente rispetto all'utile dominio acquistato dal locatario a lungo tempo.

(*a*) Ho veduto con piacere che l'eccellente criterio del Chiesi N. 579. applaude a questa conclusione, cortese di citare col Brunemanno, col Vinnio, e col Voet anche il mio povero nome.

(*b*) M. p. 2. Maggio 1836. Art. IV. N. 3.

Digitized by Google

Il subbietto si presenta ancor nuovo dopo tanta calca di scrittori antichi che mai non presero ad esaminare questo punto difficile colla ponderazione necessaria. Diremo adunque per non uscire dalla teoria comune, che fra gli effetti che sembrano supporre il fatto dell' alienazione attribuiti alla locazione longeva, non havvi quello della disponibilità ipotecaria: che vale come ripetere che non vi ha vera e propria alienazione di utile dominio. Così senza arrivare all' estremo risultato di una propria e vera alienazione, noi avremo data tutta la sua preponderanza e tutta la sua forza di azione al profuso elemento temporale, rispetto al locatore nei due primi effetti sopra considerati (N. 2.); e rispetto al locatario nei due seguenti, che si concentrano in un gius in re limitato *alla ritenzione*. È troppo ragionevole che colui che per molti anni si fissò sopra un dato immobile, ove in ragione del tempo determinato al suo godimento (che può anch' essere perpetuo) spese denari e fatiche, con quelle attenzioni, con quelle cure, e con quelle speranze che si annettono ai diuturni possedimenti, non abbia a dipendere dai capricci, o anche dalla variabile situazione economica del locatore (*a*). Se dunque vorrete ancora sostenere che c' è alienazione, passi: ma sarà una quistion di parole. A noi basta che siano bene limitati e circoscritti gli effetti di codesta nominale alienazione. Fra codesti effetti non ci sarà mai quello di costituire ipoteca; diritto che importerebbe una privazione corrispondente dal lato del proprietario; privazione da lui non consentita e che non è obbligato a sostenere appunto perchè non consentita; onde l' ultima analisi va a concentrarsi nella volontà. Sotto questo aspetto, il tempo è un *accidens* che non può cangiare i termini sostanziali del consenso contrattuale quanto

---

(*a*) È verissimo che i diritti che nel conduttore si riconoscono dalla teoria comune non riguardano che *un gius di ritenzione*, onde garantirgli il promesso possesso. Tal è l' interdetto possessorio che gli compete; e il diritto di non essere espulso in caso di vendita fatta dal proprietario (V. d. N. 2. in fin.).

Digitized by Google

all'oggetto, ripugnando che dagli accidenti la essenza dei contratti si misuri (*a*).

4. Noi dunque non ammettiamo capacità ipotecaria sui frutti locati per qualunque tempo. Talvolta però le affinità dei contratti si sollevano a tal punto che sembrano confondersi. Abbiamo delle enfiteusi che possono dirsi vere locazioni, se guardi all'altezza dei canoni che pareggiano la importanza delle rendite naturali. Anzi oggidì, cessato generalmente il bisogno di quelle coltivazioni primitive che suppongono un vasto materiale di lavoro e molta penuria di applicazioni industriali, e in tutto cangiati i tempi, non si crean propriamente enfiteusi nel vero spirito della originaria vocazione. E che perciò? Siffatte enfiteusi non seguitano forse a distinguersi dalle locazioni, malgrado abbiano in comune la gravità della civile risposta che mostra il sincero indirizzo di rappresentare le utilità, anzichè di sostituire un segno esteriore: omaggio di una idea che, ingigantita nei tempi feudali, sembra ormai logorata sotto l'azione incessante della civiltà? Riflettete che la tenuità del canone fu bensì uno dei caratteri storici della enfiteusi quando ebbe acconci i tempi o le circostanze, ma non fu mai uno de' suoi caratteri essenziali. Può dunque costituirsi enfiteusi a canone sì elevato quanto può esserlo la pensione d'affitto; ma per sapere s'essa sia un'enfiteusi o una locazione, non avremo che ad interrogare la volontà delle parti. Primo e supremo indizio è il nome che le parti vi attribuirono; altri argomenti offriranno le formule della convenzione, e in tutto sarà quistione di fatto (*b*).

(*a*) La bella Collezione del Mantelli accenna a un discorso giuridico dell'Avv. Generale presso il Senato di Casale (1840) in cui quel dotto magistrato parea voler parificare le locazioni perpetue alla stessa enfiteusi. Non fu presa, a quanto pare, risoluzione veruna. Il Denizort, ricordato dal Pastore pag. 346. T. 1. V. Emphyt. §. N. 2. è della nostra opinione.

(*b*) Il Troplong, Contratto di *locazione art.* 1790. *N.* 4. 5. *e segg.* ha questo singolare ardimento, di sostenere contro la giurisprudenza universale che il gius del conduttore *è in re.* I grandi ingegni hanno talvolta bisogno di codesti slanci a far vedere quello che valgono in una

Digitized by Google

§. CCXVI.

Le decime sono capaci d' ipoteca quando si rispondono in luogo di canone.

1. Per noi, pontificî, la quistione è interessante; ma la vediamo chiaramente risoluta dal sovrano Decreto 8 Marzo 1842. « Interpellato, dice la Circolare, il Consiglio di Stato se possa prendersi iscrizione sui fondi dei debitori delle Decime ecclesiastiche, esso, facendo distinzione, mostrò parere che l' iscrizione può prendersi per quelle decime *che si pagano in luogo di canone in ragione della proprietà appartenente alle chiese, che si chiamano civili;* ma che non può prendersi per quelle decime che alle chiese si pagano per l' amministrazione dei Sacramenti e che si chiamano sacramentali. Nostro Signore approvò l' avviso del Consiglio di Stato ».

2. Attivamente considerato il diritto di Decima non ha d'uopo d' iscrizione per conservarsi. Non quello che è nella Chiesa e nei ministri ecclesiastici, attribuito al Signore di tutte le cose (*a*), e la più eminente delle proprietà. Proprietà di parte dei frutti non del fondo (*b*); ond' è che il proprietario può ipotecarlo intero; la Decima è un onere prediale che attenua la utilità. Se si paga la decima parte dei frutti in luogo di canone (decima diciamo quella quota qualunque che è stabilita nella convenzione ancorchè minore o maggiore della decima parte) è chiaro che non si esige iscrizione, perchè il canone è fondato sulla proprietà fondiaria. Passivamente, non può cadere sotto ipoteca la decima sacramentale, e per la sua natura inalienabile, e per non essere

---

causa cattiva. Il nostro Chiesi ha presa molto sul serio questa velleità dell' autore francese spendendo alcune belle pagine per confutarlo. N. 580.

(*a*) Cap. 22. 23. 26. de Decim. Concil. Trid. Sess. 25. de Reformat. C. 12.

(*b*) . . . . pars omnium fructuum . . . C. 22. d.

Digitized by Google

da porsi fra le cose immobili suscettive d'ipoteca. Non essendo poi sostanziale nell'enfiteusi che il canone sia pecuniario, esso può essere costituito in una rendita naturale; in tal caso la *decima* è una pura e materiale espressione di quantità, poichè, a dir esatto, non è la prestazione che è colpita d'ipoteca, ma la proprietà che rappresenta.

3. Toccai della natura inalienabile del diritto di decima; il che da molti testi è stabilito (*a*). Nondimeno i laici possono esserne fatti capaci da pontificia concessione (*b*). E allora chiamasi emolumento di decima, comodità di frutti; l'atto si materializza nel laico; la idea e lo spirito rimangono nella potenza ecclesiastica inammovibili e perpetui. In questo assoluto difetto di proprietà non può consistere ipoteca (*c*).

§. CCXVII.

Della proibizione d'ipotecare il dominio relativo pattuito fra direttario ed enfiteuta.

1. Non è raro che il concedente imponga all'enfiteuta quel vincolo; e lo può senza dubbio, come può vietare la vera e propria alienazione (*d*). Più rara è la seconda maniera di patto, che pure qualche volta ho veduta. Di primo tratto non sembra potersi concepire il diritto di togliere a un proprietario la facoltà

(*a*) Cap. decimas 1. Caus. 16. q. 7. Cap. 15. 17. 19. 25. de decim. caus. 7. de praescript. C. 1. Dist. 96. C. 2. de judic.

(*b*) Pirhing Lib. 3. Decret Tit. 30. N. 138. Anche i Vescovi aveano una volta tale facoltà, revocata poi da Urbano II. Lib. 1. feud. T. 6. Concil. Lateran. celebrato sotto Alessandro III.

(*c*) Grenier N. 162. fa qualche osservazione sul diritto di *testatico o decima*, che trova diverso dalla rendita fondiaria o censo. Anche noi abbiamo di questi *terratici* di riminiscenza statutaria, sostenuti da consuetudini lunghissime, e divenuti oneri reali dei fondi.

(*d*) Fulgin. de alienat. Qu. 1. N. 242. Vi hanno enfiteusi che sono per leggi incapaci d'ipoteca come ordinariamente quelle della Camera Apostolica. V. il mio Contratto d'enfiteusi pag. 798.

Digitized by Google

di disporre della cosa; e, attesa la sua inferiorità giuridica, meno s'intende nell'utilista rispetto al direttario. Tuttavia io ho per valido il patto, come correspettivo lecito di una convenzione che non si sarebbe altrimenti fatta. Finchè le parti liberamente contrattano, sono pari; la inferiorità si dimostra nelle conseguenze, ossia nei rapporti giuridici che discendono dal contratto. È l'*interesse dell'utilista* che sostiene il patto singolare che proibisce al direttario la facoltà d'ipotecare, come potrebbe proibirgli quella di alienare, se prima di farlo non offerisse allo stesso utilista la prelazione. È un interesse che si presume in quanto il concessionario avrebbe dato meno, ma può essere reso evidente dalle circostanze. Suppongasi il patto, o il diritto nascente dalla legge, di francare il canone e di consolidare nell'enfiteuta la proprietà. In tal caso il direttario si trova decisamente in una condizione di dipendenza; giacchè può essere esautorato dall'enfiteuta. Costui ha voluto prevenire gl'imbarazzi che potevano produrre a danno suo le ipoteche della proprietà.

2. Perciocchè può domandarsi *se coll'affrancamento si dissolvano le ipoteche imposte sulla proprietà diretta.* E bisogna rispondere negativamente. Difatti lo scopo e l'effetto dell'affrancamento è la consolidazione della proprietà nell'utilista che diviene proprietario perfetto. Non si dee chiedere a una operazione giuridica altri effetti da quelli in fuori che sono ordinati nell'indole sua naturale; e poichè la consolidazione si effettua del pari, vi abbiano o no ipoteche a carico di colui che già fu direttario, così dalla consolidazione non può farsi argomento allo scioglimento delle ipoteche. Generalmente deve dirsi, che l'atto di redimere l'onere enfiteutico è spontaneo e volontario (*a*); e quindi non può pregiudicare ai creditori ipotecarî ch'ebbero fede in quella proprietà. È da riflettere che lo sciogliersi della enfiteusi dal basso in alto, mi si permetta questa espressione, non procede con quella risoluta efficacia che suol ravvisarsi nelle consolidazioni che provengono dalle azioni del direttario. D'ordinario è questa una forza che si contiene nello stesso ordinamento della istituzione

(*a*) §. CLXV.

Digitized by Google

enfiteutica, come verbigrazia la caducità per non pagati canoni o somiglianti; eventualità legittima, prevedibile dal creditore, il quale presta sopra sì labile proprietà. La redimibilità del canone, o si eseguisca per patto o per disposizione di legge, è una specie di retroazione, che non può risalire tant' alto sino a distruggere le operazioni del direttario, e toglier di mezzo i diritti reali costituiti nel tempo del suo dominio. Ed è poi un altro effetto della individuità ipotecaria, che avvenuta la consolidazione per fatto dell' utilista, *la ipoteca si diffonda sul predio intero*, da ristretta ch' ell' era sul dominio diretto; come vedemmo, in diversità di caso, nella consolidazione dell' usufrutto intervenire (§. CCVI.). E ciò perchè confusi i dominî in una proprietà indivisa e piena, rotta a così dire la diga che separati li tenea, i rapporti di diretto e di utile più non esistono; e il limite della Ipoteca è scomparso.

Tornando adunque al superiore nostro discorso, se nella costituzione della enfiteusi è pattuito che il direttario non possa ipotecare il suo diretto dominio in vista di una legale o convenzionale affrancazione preveduta dai contraenti, nulla si trova che non sia legittimo e giusto. I terzi consultando il titolo, incontrando il patto, ne sono legittimamente diffidati; non potrei dire lo stesso se il patto fosse occulto, o convenuto ex intervallo, e non apparente dal titolo.

§. CCXVIII.

Se i proprietari delle loggie in un pubblico Teatro abbiano un dominio suscettibile d' ipoteca.

1. A qualcuno dei nostri pratici arrise la opinione affermativa; io ebbi la occasione di sostenere nel foro la tesi contraria con evento fortunato (*a*). Non è controversia grave, ma può essere interessante.

(*a*) In causa Sani-Raspi. Sentenza che venne redatta da un dotto Giureconsulto e scrittore il sig. Avv. Giuseppe Calisti, ora giudice nel Tribunale d' appello in Bologna.

Digitized by Google

La loggia, materialmente considerata, è parte di quell'edificio che si chiama teatro. Ma ciò non esclude la coesistenza di più proprietarî. Niente ripugna che parte di una fabbrica sia in proprietà di taluno, e parte di un altro; e ancora che un'aggregazione di molti proprietarî incomba sullo stesso fondo. Ora supponendo il palchista proprietario della sua loggia, non possedendo egli l'area (giacchè i palchi sogliono tenere una posizione elevata) sarà prima a ricercarsi se colui che non è comproprietario del suolo su cui l'edifizio s'innalza, ma di una parte superiore, possa fondarvi un'ipoteca.

Di codesti condominî, ove altri è *dominus soli*, altri proprietario localmente superiore, ne abbiamo esempî nelle città o strade popolose dove alcuni hanno la proprietà di appartamenti superiori, altri di quelli del primo piano e delle stanze terrene. I primi son quelli che il diritto romano chiama *superficiarî*. Potendo supporre che il palchista sia un vero condomino di una porzione circoscritta e distinta dell'edificio, egli saria per l'appunto un superficiario che potrebbe imprimervi una ipoteca secondo le teorie che abbiamo accennate nel §. CCIV. N. 2.

2. Ma lasciando stare la confusione che nascerebbe dal moltiplicare le ipoteche sopra minime parti di un solo edificio, bisogna piuttosto portar la quistione sulla natura del diritto del palchista che non è altrimenti quello di una proprietà fondiaria.

Il palchista *non ha che il diritto esclusivo di godere gli spettacoli in un dato luogo della sala.* Molto vale pel godimento la cella segregata e illustre per ornamenti e per distinzione sociale, e il poterne rimuovere ogni altro anche materialmente; ma per la natura del diritto tanto è possedere un posto fermo ed esclusivo di scanno, e il trovarsi, non confuso, ma a contatto degli altri spettatori. Questo diritto si compra, si vende, si commercia come ogni altro, e in ciò non è quistione. Ma è un diritto incorporale, e come tale non può ipotecarsi. Non è propriamente il palco che si acquista, ma il diritto esclusivo e prelativo di sedere nel palco. Perciò la facoltà d'ipotecare, se esiste, appartiene al Comune, alla società, al privato, padrone dell'edificio. Dico, se esiste, poichè vi sono dei casi in cui il Teatro può dirsi cosa inalienabile e fuori di commercio. Tali sono ordinariamente i Teatri

Digitized by Google

comunali, secondochè interessi al paese, ai cittadini, al Governo che l'edificio non cada in mano di privati, e fallisca la sua politica destinazione. Indubbiamente la qualità dell'edifizio e l'oggetto a cui adempie, induce dei rapporti tutto speciali. Quel proprietario che non avesse venduta la loggia, o i posti riservati, dato ch'egli non avesse verun altro obbligo verso il paese in generale, o verso il Governo, potrebbe anche distruggerlo. Ma se in quel caso lo facesse, dovrebbe rispondere dei danni verso tutti e singoli i palchisti, come conseguenza di una obbligazione irretrattabile. Ma da ciò non può inferirsi che il palchista abbia un diritto reale.

3. Ma più presto il carattere particolare di simili istituzioni, è quella specie di associazione che si effettua inizialmente fra il proprietario del teatro e i palchisti; e occasionalmente fra questo e l'impresario dello spettacolo. *Iniziale* diciamo quell'accordo che interviene allo scopo generico di dare degli spettacoli, al quale intento s'innalza una fabbrica opportuna e disposta al fine, chiamando in concorso quelli che per godere con maggiore agio e sicurezza i piaceri che se ne promettono, acquistano le loggie, pagando una somma. Il palchista poi suole ancora pagare un censo nell'occasione degli spettacoli, aiutando i capitali della impresa; ma ciò è indifferente per quanto spetta alla estensione del suo diritto, imperocchè potrebbe sborsare all'ingresso maggior denaro, e francarsi dalle contribuzioni future. Se l'edifizio rovinasse o andasse distrutto, non perirebbe solamente al proprietario del teatro, ma eziandio ai palchisti; in quanto non potrebbero pretendere di esser rifusi dei danni, dal caso in fuori che lo stesso proprietario fosse tenuto di colpa. Neppure potrebbero obbligarlo alla ricostruzione del teatro (*a*). Solamente se nello stesso luogo si ricostruisse, essi tornerebbero nelle loggie acquistate senz'altro prezzo e colle condizioni di prima (*b*). In sostanza *res perit*

(*a*) Purchè non fosse un Comune o altra pubblica rappresentanza il che avverrebbe per ragioni diverse da quella dei privati rapporti della proprietà.

(*b*) L. 29. §. D. de pignor.

Digitized by Google

domino, ma con essa perisce un diritto inerente al luogo stesso; come perisce la servitù di transito se per tremuoto il fondo s'inabissa. Non impropriamente potrebbe dirsi che quell' edifizio, che si chiama teatro è soggetto alla servitù personale del loggiatico; anche sotto questo rispetto troviamo che le servitù non possono ipotecarsi (§. CCII.).

§. CCXIX.

Della costituzione di rendita; e della giurisprudenza censuaria ne' suoi rapporti generali del sistema ipotecario nello Stato Pontificio.

1. Se è falsa la opinione di coloro che suppongono nei creditori censualisti una proprietà fondiaria, non può approvarsi quel sistema giuridico che li priva di ogni ipotecaria guarentigia.

È volgare, che nel contratto di censo (riservativo) il costituente aliena in tutto l'immobile a colui che si carica di rispondergli una rendita annua convenuta (*a*). Onde si allontana sostanzialmente dall' enfiteusi che mantiene nel concedente il dominio diretto; anche nella vecchia giurisprudenza il censualista, spogliatosi di ogni proprietà, non era provveduto che di un' azione reale, fondata nella ipoteca (*b*).

Anche il censo consegnativo produceva la ipoteca (*c*). Esso è la creazione di una rendita sopra il fondo proprio, e la contemporanea alienazione. Il compratore di questa rendita non ha nè proprietà nè possesso.

L'ipoteca, anche senza convenzione espressa, nasceva dalla natura del contratto. Il Censo è il contratto reale per eccellenza. Disporre delle rendite dei proprî beni, è una delle infinite forme

---

(*a*) Cenc. de censib. qu. 1. N. 5.

(*b*) Cenc. Qu. 23. per tot. È manifesto che l' azione personale esiste sempre finchè dura il credito: essa è la base di ogni diritto ipotecario.

(*c*) Corbul. de jur. emph. Caus. 14. ob alienat. Covar. Lib. 3. var. resolut. C. 7. Cenc. eod.

Digitized by Google

dell'esercizio del dominio. Non è affitto, non è usufrutto; poichè il proprietario seguita a godere le materiali utilità del fondo. È qualcosa di diverso. È disporre del valore delle rendite naturali; è alienarle e riprenderle, pagando una annuale risposta proporzionata. La sua base è il fondo; la suscettività fruttifera del fondo è la sua norma e la sua misura.

2. Codeste idee correlative di fondo e di rendita, e di civile correspettivo, persuasero anche agli antichi legislatori la giustizia del contratto (*a*). Ma il giudicare della moralità dei contratti appartiene eminentemente alla santità del principio cattolico. Alcuni teologi di gran mente, fra i quali il celebre Enrico di Gand che fiorì nel decimo terzo secolo, travidero nel censo reale un grave pericolo di usura; ma la decisione di Papa Martino V. (anno 1423) finì col mettere in pace le coscienze (*b*). Pochi anni appresso (1451) uscì la decisione di Nicolò V. sui censi divenuti già comuni nelle Spagne, e introdotti anche nelle Sicilie sotto la denominazione di re Alfonso (*c*). Nè diverso fu l'oracolo di Calisto III. (1455) (*d*). L'organamento di questo contratto è pontificio. Papa Martino vi diede una forma, che S. Pio V. portò a perfezione nella celebre Bolla (*e*). Innanzi a quella luce l'usura sgomentata disparve; ma era ben giusto, che il creditore riacquistasse in sicurezza ciò che perdeva di vantaggi economici in questa forma tanto utile al debitore. Se costui avesse potuto alienare il fondo senza trasportare nei terzi la obbligazione, quale disinganno pel creditore che non avrebbe prestato sulla promessa personale! (*f*). Ne segue che, come sopra si è detto, il gius

---

(*a*) . . . . hoc magis annuo reditui quam usurarum praestationi simile videtur: disse Giustiniano nella Nov. 160. C. 1. In Occidente questo contratto non fu conosciuto che assai tempo dopo.

(*b*) Extravag. Regimini De empt.

(*c*) Prammat. de censibus.

(*d*) Clemente V. sino dal 1305 si era pronunciato in conforme sentenza.

(*e*) Anno 1568. Bullar. N. 79.

(*f*) Altra specie di censo il *personale* — o costituito sulla persona. Fed. Martin. de jur. cens. C. 2.

Digitized by Google

reale (l'ipoteca) è della natura del contratto, e di convenzione implicita.

3. Vedremo nella parte speciale come operi questa ipoteca singolare che assicura il capitale che non può ripetere, e come gli effetti che vi si attribuiscono possano conciliarsi collo spirito della istituzione (*a*). Le moderne legislazioni ridussero la *costituzione della rendita* a un mero contratto personale; poichè ivi non si legge, nè può in veruna guisa argomentarsi, che il creditore abbia facoltà d'iscrivere ipoteca sul fondo che noi chiamiamo censito. Anche in Francia, nei primi tempi, e nello spirito cattolico che vi dominava (*b*), la innocente costituzione della rendita venne contrapposta al *mutuo* ad interesse avuto in sospetto di torbidi e pericolosi guadagni. Ma la istituzione col tempo dimenticò le sue origini, mancò allo scopo. Smarrito quasi affatto l'elemento reale, riuscì ad un mutuo usurario che le forme mentite rendevano più insidioso. Nel bel trattato del Pothier *sulla costituzione di rendita*, il requisito fondiario, che è supremo nella legge di Pio V., non ha luogo fra gli altri che vi sono tenuti essenziali. Egli è vero che la rendita è sempre redimibile, nè mai può esigersi il capitale; ma, tolto il ragguaglio e la onesta proporzione fra la rendita naturale e la convenzionale, il capitalista può in breve tempo rimborsarsi colle usure, e procacciarsi lucri smodati, contando sulla ordinaria impotenza dei cercatori di pecunia. Non è perciò maraviglia se il contratto di rendita si consideri come personale nei nuovi sistemi. Solamente nel pontificio si conserva questa splendida tradizione cattolica, saggiamente contemperata alla forma ipotecaria (*c*).

(*a*) Adottata nella giurisprudenza pontificia.

(*b*) Ordinanza di S. Luigi del 1254. Anche Filippo il Bello, quasi a compenso di tanti suoi falli verso la Chiesa, proscrisse l'usura. Più tardi lo statuto d'Orleans nel 1509, ponendo regole al prezzo delle rendite. Enrico IV. ne ridusse l'interesse al sei e un quarto per cento; Luigi XIII. al cinque e mezzo; Luigi XIV. al cinque.

(*c*) Ho bisogno di ripetere che non è questo il luogo in cui io possa trattare delle particolari applicazioni di questa giurisprudenza.

Digitized by Google

PARTE SPECIALE

TITOLO V.

IPOTECA LEGALE DELLE MOGLI

DIRITTO ROMANO

L. 12. *qui pot. in pign. L.* 74. *D. de jure dot. LL.* 17. §. 1. 18. 19. *D. de reb. auct. jud. possid. L. unic.* §. 1. *C. de rei uxor. actione L. ult. C. de pactis conv. Nov.* 97. *C.* 3. *e* 13. *Inst. de action.* §. 29.

Codice Francese — art. 2121.

Codice Siciliano — art. 2007.

I diritti ed i crediti cui è attribuita la Ipoteca legale, sono — Quelli delle donne maritate, sopra i beni dei loro mariti ecc.

Articolo 2135.

Esiste la ipoteca indipendentemente da qualunque iscrizione.

. . . . . in vantaggio delle mogli, per ragione della loro dote, e convenzioni matrimoniali, sopra gl' immobili dei loro mariti da computarsi dal giorno del loro matrimonio.

Digitized by Google

Codice Sardo — art. 2169.

Le comunità, corporazioni, e stabilimenti pubblici avranno sui beni de' loro tesorieri, percettori, ed altri amministratori tenuti a render conto per maneggio di denaro, o per qualunque altra contabilità materiale, un' ipoteca legale, la quale daterà dal giorno della nomina di essi, o dalla approvazione di questa, qualora la nomina vi sia soggetta.

Articolo 2170.

La moglie ha un' ipoteca legale sui beni del marito, e su quelli dei di lui ascendenti espressamente o tacitamente obbligati per la dote, per la esecuzione delle convenzioni matrimoniali, e per i lucri dotali.

Questa ipoteca ha luogo sui beni del marito dal momento in cui la dote è costituita, ancorchè il pagamento di essa non avesse luogo che posteriormente: e sui beni degli ascendenti dal momento della obbligazione espressa o tacita da essi assunta a termini dell'art. 1565.

Rispetto alle somme dotali provenienti da successione, o donazione, essa non ha luogo che dal giorno dell' apertura della successione, o da quello in cui la donazione ha avuto il suo effetto.

Articolo 2171.

La moglie ha altresì un' ipoteca legale sui beni del marito pei beni e capitali non dotali di sua spettanza, che fossero stati alienati o esatti dal marito, o che alla presenza e col consenso del medesimo fossero stati alienati od esatti dalla moglie, ove in quest' ultimo caso non risulti dell' impiego del danaro.

Tale ipoteca ha luogo dal giorno della seguìta alienazione dei beni, o della esazione dei capitali.

Essa non si estende a quei crediti dei terzi verso il marito che per successioni o altrimenti fossero pervenuti alla moglie.

Codice Estense — art. 2162.

L' ipoteca legale è quella, che viene accordata dalla legge.

Può essere o generale sopra tutti gli stabili sì presenti che futuri, o speciale sopra certi stabili.

Articolo 2163.

La moglie ha un' ipoteca legale sui beni del marito per la dote, e per l' esecuzione delle convenzioni matrimoniali.

Ha pure ipoteca legale contro gli ascendenti del marito per la dote, nei casi contemplati nell' articolo 1459.

Digitized by Google

L' ipoteca legale ha luogo sui beni del marito dal momento in cui la dote è costituita, ancorchè il pagamento di essa non avesse luogo che posteriormente, e sui beni degli ascendenti dal momento dell' obbligazione da essi assunta di cui nel suddetto articolo 1459.

Rispetto alle somme dotali provenienti da titoli eventuali, essa non ha luogo se non che dal giorno in cui i titoli stessi hanno il loro effetto.

Gli articoli 2164. 2165.

corrispondono perfettamente all' art. 2171. *del Codice Sardo.*

Articolo 2166.

L' ipoteca però non si concede alla moglie per la dote e per le convenzioni matrimoniali, se non se quando la dote sia stata costituita, e le convenzioni siano state fatte per atto notarile prima del matrimonio.

Codice di Parma — art. 2172.

L' ipoteca generale è accordata dalla legge.

Alle donne maritate sopra i beni dei loro mariti per le doti, pei lucri nuziali, e per l' esecuzione delle convenzioni matrimoniali;

alle persone soggette a tutela sopra i beni de' loro tutori per le obbligazioni derivanti dalla loro amministrazione;

allo Stato, agli stabilimenti pubblici, ai comuni sopra i beni degli esattori ed amministratori obbligati a render conto pei debiti derivanti dall' esercizio del loro impiego.

Articolo 2173.

L' ipoteca però non si concede alla moglie per le convenzioni matrimoniali, se non quando le medesime convenzioni siano fatte per atto notarile prima del matrimonio.

Articolo 2174.

Parimente la moglie non ha ipoteca per la dote e pe' lucri nuziali, se non quando la dote sia stata costituita per atto notarile prima del matrimonio.

Codice Pontificio — §. 117.

La legge accorda l' ipoteca, indipendentemente dai giudicati e dalle convenzioni:

1.° *alle donne sopra i beni della successione per la dote loro dovuta dai maschi escludenti;*

2.° *alle mogli sopra tutt' i beni presenti e futuri dei mariti, per la dote ai medesimi assegnata, e per l' esecuzione dei patti nuziali.*

Digitized by Google

Codice Toscano — art. LXIII.

La ipoteca legale è o generale, estesa cioè a tutti i beni immobili presenti, e futuri del debitore, o speciale cioè limitata ad alcuni dei detti beni.

Articolo LXIV.

È accordata generale 1.° alla moglie per la dote costituita, e per le convenzioni matrimoniali, l'une e le altre stipulate avanti la dazione dell'anello, sui beni del marito, o dei di lui ascendenti obbligati alla restituzione della dote, o al mantenimento delle convenzioni matrimoniali, ed è accordata dal dì della costituzione della prima, e dalla stipulazione delle altre.

In nessun caso l'esercizio del suo diritto può giovare alla donna per impedire nel concorso di altri creditori la vendita degli immobili obbligati alla medesima, e la erogazione del loro prezzo nel modo e nei termini di ragione.

CAPO I.

DEL SISTEMA DOTALE E DELLA COMUNIONE

§. CCXX. — *Cenni sul sistema dotale antico.*

§. CCXXI. — *Origine e forma del sistema della comunione.*

§. CCXXII. — *Sulla celebre quistione che si agita fra gli scrittori francesi, se la donna maritata col reggime della comunione, in seguito della rinuncia, sia ammessa a perseguitare coll'azione ipotecaria coloro che acquistarono dal marito, senza il concorso di lei, i beni immobili compresi nella comunione.*

§. CCXXIII. — *Continuazione. Opinione dell'autore.*

§. CCXXIV. — *Come l'acquirente possa guarentirsi colla purgazione della ipoteca legale.*

§. CCXXV. — *Del sistema della comunione adottata nel Regno delle Due Sicilie.*

§. CCXXVI. — *Della comunione matrimoniale secondo il Codice di Sardegna.*

§. CCXXVII. — *Confronto critico fra il sistema dotale e quello della comunione.*

Digitized by Google

§. CCXX.

Cenni sul sistema dotale antico.

1. Se attraverso allo spazio smisurato che sèpara i ferrei tempi della *conventio in manum* fino all'epoca di Augusto, si fosse potuto tener d'occhio, e ordinatamente seguitare nelle sue fasi lo sviluppo della istituzione dotale, quella saria stata la storia della civiltà di Roma. Le istituzioni (non dirò le leggi) sono i costumi; e i costumi sono la storia ideale delle nazioni. Ma i costumi hanno forse i loro annali come i fatti politici? Essi si svolgono con lento e inavvertito progresso nella vita della umanità; e male si potrebbe determinare dove comincia e dove finisce il loro corso perenne. La dote fu il segno storico della emancipazione della donna dalla soggezione antica, che la teneva come *filiafamilias* nel potere assorbente del marito. Difatti se pensiamo nella donna un patrimonio proprio e indipendente, e un nucleo di mezzi giuridici per farne valere le ragioni in faccia al marito, come le *cautiones* e le *uxoriae actiones*, noi veggiamo di tratto due personalità civili distinte: vera conquista sul sistema concentrico della età primitiva. Io sono di parere che la istituzione dotale fosse più presto il portato della progrediente civiltà nazionale, che una imitazione di abitudini forestiere; checchè sia di questa istituzione nella Grecia, che a ver dire non ha molta rassomiglianza colla romana; ed era quale si conveniva allo stadio di civiltà cui, avanzando ogni altra, era già pervenuto quel popolo. Certo la dote è contemporanea del matrimonio libero, *mero consensu* ordinato, quando la moglie col nome di *matrona* ottenne un proprio grado di onore nella società di famiglia. Allora, come ci lasciò Plauto (*a*) e scrisse Ulpiano (*b*), la dote fu come la bandiera della legittimità che distinse la schiera onorata delle mogli

---

(*a*) Trinum. Act. III. sc. IV.

(*b*) L. 3. D. de jur. dot. Ubicumque matrimonii nomen non est, nec dos est.

Digitized by Google

da quella delle concubine (*a*). A poco a poco, il dominio della dote che apparteneva al marito, si andò limitando col gius di restituzione, che al padre, agli eredi della moglie, o alla vedova si concedeva; onde sempre meglio si veniva formulando il reggime dotale: darvi base e regola imperativa era riservato ad Augusto.

2. Il celibato e il divorzio erano le piaghe di quella società, decrepita nel vigor degli anni. Augusto, dall'altezza a cui la fortuna lo aveva spinto, si vedeva sotto i piedi l'abisso. Riorganizzare la famiglia, disfatta dagli osceni e laidi costumi che già menavano le infami danze in casa sua propria, e sotto i suoi occhi medesimi, fu il lodevole pensiero del vecchio: sfortunatamente non trovava nel paganesimo, in Giove ed in Venere, i principî e gli esempi di quella moralità interiore senza cui ogni riforma tornava inutile.

Ai matrimonî radi e scarsi provvide coll'obbligare i padri a dotare le figlie (*b*); portando l'occhio anche alle nozze rinnovate, vegliò attento alla conservazione e restituzione delle doti. Dichiarò inalienabile il fondo dotale, salvochè la donna vi consentisse (*c*), e proibì d'ipotecarlo. Poi venne stabilito che la dote, potesse bensì aumentarsi, e anche costituirsi durante il matrimonio; ma diminuirsi non mai (*d*). Il Senatus consulto Vellejano prese ancora sotto la sua custodia i beni parafernali delle mogli, che dalla seduzione del bisogno le difendevano, e preparavano un appoggio alla comune famiglia. Le donazioni *sponsalitiae* o *ante nuptias*, portate sulla linea dell'interesse dotale, nuovi benefici e favori assicuravano alla donna già sollevata a più felice condizione.

Giustiniano mise, per così dire, la giurisprudenza a rumore in favor delle femmine. Sottrasse la inalienabilità del fondo dotale dalla volontà stessa della moglie, ed estese il divieto a tutti

(*a*) Diritto Can. Concilio d'Arles 334. — Burchard. Decret. 9. l. et 2.
(*b*) Cap. 35. della L. Giulia.
(*c*) In Italia. L. Iulia de adulteriis. Dig. de fundo dot.
(*d*) L. 73. D. de jur. dot. L. 20. de solut. matrim.

Digitized by Google

i beni eziandio fuori d'Italia. Forzò l'azione della ipoteca dotale sino ad anteporla ai creditori anteriori del marito, nella famosa L. assiduis (Cod. qui pot. in pign.): oggetto di tante censure. Mutato il nome della donazione *antenuptias* in quello di *propter nuptias*, la rese obbligatoria; e ne fece argine alla sempre crescente libidine dei divorzî. Commiserando alla vedova poverella di ricco marito, le assegnò d'un tratto la quarta parte della successione (*a*).

§. CCXXI.

Origine e forma del sistema della comunione.

1. Non posso disperdermi in altri particolari, nè discendere a' tempi ulteriori; il che farò nel §. CCXXVII. a saggio di confronto, ma domanderò alla storia qualche nozione sul sistema opposto della comunione, tanto esaltato in Francia, e seguito più o meno da alcuni dei nostri Codici.

Come il sistema dotale, questa forma di associazione di famiglia nacque oscura, e attraversò tacitamente un periodo storico non bene definito prima di stabilirsi (*b*). Non è dir molto per la storia della istituzione, l'indicarne la genesi ideale in quello spirito di associazione politica (*c*) che nel medio evo raggruppava gli uomini e le classi, come altrettanti nuclei d'eserciti che combattevano la causa della civiltà, contro le prepotenze d'ogni maniera che rappresentavano gli ultimi sussulti della barbarie vicina a soccombere. Ma la spiegazione, confessiamolo francamente, non

---

(*a*) Nov. 53. e 117.

(*b*) Importantissime notizie ne porge l'opera di Genouillac — *Histoire du règime dotal et de le communautè en France* — da cui ha molto tratto il Troplong per la sua stupenda introduzione al trattato sul *Contrat de mariage* — Ved. Ducange Verb. — *Mundium* — Audelungum — Morganegha — Dos — Doarium — *maritus dominus* — Muratori Dissert. 20. Antiquit. med. aevi. Delabaume — These pour le Doctorat a la Facultè de Droit de Strasbourg 1855.

(*c*) Troplong. de Mariage. Preface.

Digitized by Google

è gran fatto convincente; e ne dirò la ragione. Presso i romani lo Stato assorbiva la famiglia, onde, più che una influenza, poteva dirsi una azione immediata e diretta che v'imprimeva il suo tipo, e a se la conformava in un disegno di armonica unità; nulla di questo nel medio evo. La famiglia fu perfettamente estranea ad ogni combinazione politica. Gli scrittori francesi, fra'quali l'insigne Troplong, rifiutano di riconoscere nella comunità coniugale una origine germanica. Altri grandi eruditi, come il Mittermair, e il Philipps, fanno capo al *mundium*, che ben lontano dall'imporre il ferreo giogo della *manus*, non attribuiva al marito che un carattere di superiorità morale al tutto confacente colla mite e temperata monarchia domestica. Eppure mentre rivolgono lo sguardo dalle nordiche sorgenti, i francesi son costretti a confessare che un elemento di autorità, originario di quel clima, il *mundium* germanico (*a*), s'introdusse e ritemprò la società della famiglia; onde eziandio nel sistema loro diede al marito un sovrastare espresso per potere amministrativo, e per estensione di civili diritti. Io terrei alla opinione dei tedeschi, ma non posso nè debbo farmi giudice in tanta lite, chè a definirla, richiederebbe studî storici profondi e troppo vasta erudizione. D'altra parte al mio soggetto posson bastare questi cenni. Piuttosto, rientrando nel mio tema, osserverò come nel Codice di Francia sia intesa codesta comunione dei coniugi, e quali siano i vantaggi e gl'inconvenienti di tale sistema.

2. È noto che nello stato attivo della comunione vengono tutti *gli effetti mobiliari*, posseduti dai coniugi all'atto del matrimonio sì a titolo di successione e di donazione, *quando il donante non abbia dichiarato il contrario*. Tutti i frutti, rendite ecc. *scadute o percette durante il matrimonio, o provenienti da beni che appartenevano* ai coniugi al tempo del loro matrimonio, o da quelli che

---

(*a*) Troplong -- de mariage Preface N. XIII. I francesi bebbero di Germania gran parte delle 540 loro Consuetudini (Cantù St. Univ. Tom. XVIII. Ep. XVII.), come dal vivido fonte italico i grandi principî del diritto scritto; onde non potevano vantare una legislazione universale e propria.

Digitized by Google

loro sono devoluti in seguito per qualunque titolo. Tutti gl' immobili acquistati durante il matrimonio (art. 1401.) eccettuati quelli che loro derivano da successione (art. 1404.) o da donazione (art. 1405.). Consta la parte passiva della comunione — *Di tutti i debiti mobiliari di cui gli sposi si trovano gravati prima del matrimonio, o di cui si trovasse gravata la eredità ad essi pervenuta durante il matrimonio* (art. 1409.) ma quelli della moglie devono risultare da atto autentico, e di data certa anteriore al matrimonio (art. 1410.). Dei debiti tanto di capitali che d' interessi *contratti dal marito durante la comunione, o dalla moglie col consenso del marito. Dei frutti maturati rendite ecc. dei debiti particolari a ciascuno dei conjugi. Delle riparazioni ordinarie degl' immobili che non cadono in comunione. Degli alimenti dei conjugi, dell' educazione e mantenimento dei figli, e di tutti gli altri pesi del matrimonio* (art. 1409.). Similmente dei debiti delle eredità *puramente mobiliari, pervenute ai conjugi durante il matrimonio* (art. 1411.). *Il solo marito amministra i beni della comunione. Li può vendere alienare e ipotecare senza l' intervento della moglie* (art. 1421.). Questi sono i punti prominenti, e i caratteri più distinti della comunione.

3. A questo sistema sono prodigati molti elogi in Francia, secondo il costume di quella nazione, di metter le cose che stimano proprie in cima di tutte le altre. *Il règime en communautè* parve di tanta eccellenza sovra il dotale, che fu il solo di cui si occuparono i redattori del primo progetto del Codice; benchè poscia si facesse grazia anche a quest' ultimo, per non privarne i paesi ov' era in uso la regola dotale (*a*). La prevalenza della opinione tradizionale appare anche in questo, che in ogni caso di dubbiezza dovesse tenersi come convenuta la comunione (*b*). Con tutto ciò sono, a parer mio, vizî del sistema:

a) La disuguaglianza, quasi inevitabile, degli elementi economici che confusamente si fanno entrare nella comunione. D' ordinario il patrimonio della moglie è di gran lunga inferiore a quello del marito; ma posto anche il caso inverso, e in qualsivoglia parte si trovi il difetto o l'eccesso, tutto ciò è ripugnante alla natura della società.

(*a*) Thibaut. Cod. Civ. franc. §. 98. Delabaume — These pour le doctor. N. 31.

(*b*) Art. 1393.

Digitized by Google

b) Quell' inopportuno segregare l' elemento *mobiliare dall' immobiliare;* quell' escludere dalla comunione *gl' immobili* acquistati anteriormente al matrimonio e render comuni i frutti e le rendite che da quegli stessi immobili provennero.

c) Quel liberare dalla comunione *gl' immobili* acquistati per causa di donazione o di successione; presentando un tipo di società universale e particolare nello stesso tempo.

d) Rendere comuni i gravami della successione ereditaria *durante il matrimonio*, in quella che i diritti delle successioni immobiliari non sono comuni, ma particolari a ciascun coniuge.

e) Non accettare dalla moglie altri debiti da quelli in fuori che sono assicurati con certezza di data e autenticità di documenti, laddove lo stesso obbligo non corre al marito.

f) Accomunare i debiti dei frutti, e interessi *dei debiti particolari a ciascun conjuge*, quand' anche tali debiti si fossero incontrati in occasione di quegli acquisti, che possiamo anche supporre estesissimi: di quegli acquisti che non vengono nella comunione.

g) E tuttavia far debito comune quello *delle riparazioni ordinarie degl' immobili* dalla comunione esclusi.

h) La facoltà che ha il marito di vendere e ipotecare a suo arbitrio i beni comuni.

Noi intendiamo benissimo quello che dice il Troplong, differenziarsi dalle ordinarie questa società matrimoniale, in quanto havvi un capo nella famiglia a cui si deve, in rispetto alla sua posizione, il potere amministrativo; ma bisognerà convenire che, tale potere, così bene assestato nel règgime dotale, è divorante, mi si permetta la parola, nel sistema della comunione, e in opposizione flagrante coi principî di ogni società.

Che se ammettiamo che la ipoteca della moglie mantiensi efficace ed operativa contro i terzi, malgrado l' alienazione del marito, come vedremo nei paragrafi seguenti, il disordine è aumentato dalla ingiustizia (*a*).

(*a*) Intorno a ciò vedi il §. seguente. Ommettiamo quanto si può introdurre di convenzionale nella comunione, e delle regole a ciò stabilite che richiederebbero troppo lungo discorso, dovendo noi tenerci alle nozioni generali.

Digitized by Google

§. CCXXII.

Sulla celebre quistione che si agita fra gli scrittori francesi, se la donna maritata col reggime della comunione, in seguito della rinuncia, sia ammessa a perseguitare coll'azione ipotecaria coloro che acquistarono dal marito, senza il concorso di lei, i beni immobili compresi nella comunione.

1. Io trovo assai belle le osservazioni del Chardon (*a*) che discorre presso a poco in questo modo. Non così tosto apparve il Codice, e con esso fu svelato il gius ipotecario della moglie sui beni della comunione, studî e contraddizioni si moltiplicarono per tutto il regno giuridico. Un articolo (1421.) che largheggia al marito facoltà piena di vendere alienare e ipotecare senza il consenso della moglie! Tre altri (1495. 2122. 2123.) che danno a costei un diritto d'ipoteca su tutti gl'immobili dei quali, in costanza di matrimonio, diventa proprietario il marito! Diremo che non c'è contraddizione fra codeste leggi? Se il giorno appresso la rivendita di un bene acquistato dal marito, la donna potrà scagliarsi sull'acquirente, sul cessionario di suo marito, come mai l'art. 1421. avrebbe detto che *l'intervento della moglie* non è punto necessario? Un qualche senso di conciliazione bisognerà pure trovarlo per non mettere a' capegli fra loro codeste disposizioni.

E qui tocca delle varietà delle opinioni: nomi solenni e grandi riputazioni scientifiche stanno in opposto (*b*).

2. La quistione non può nascere che nel concorso di queste due circostanze — Che *la moglie non abbia prestato il suo assenso alla vendita o ipoteca posta dal marito sui beni della comunione* — Che *abbia rinunciato alla comunione* approfittando della facoltà

(*a*) Puiss. marit. N. 46.

(*b*) Gli stessi giudicati in Francia, sono in conflitto, come ricorda lo stesso Chardon.

Digitized by Google

che ottiene dall'art. 1492. « La moglie che rinuncia, perde qualunque sorta di ragione sopra i beni della comunione, come pure sopra gli effetti mobiliari che sono in essa stati conferiti per sua parte. Essa ricupera soltanto la biancheria e quanto è necessario al suo ordinario abbigliamento ». Art. 1493. « La moglie che rinunzia ha diritto di ricuperare 1.° Gl'immobili ad essa spettanti, se esistono in natura, o l'immobile acquistato in loro luogo 2.° il prezzo de' suoi immobili alienati di cui non è stato fatto od accettato il rinvestimento come è stato dichiarato di sopra 3.° tutte le indennizzazioni che le possono esser dovute dalla comunione ».

Scrittori potenti per fama e per numero sono in questa sentenza (*a*) che la *rinuncia* produce l'effetto di rendere la donna in certo modo irresponsabile del passato, e come se giammai non fosse stata comunione di beni fra lei e il marito. Per conseguenza può in non cale avere le alienazioni da costui fatte, e colpire gli alienatarî con tutta la forza del suo diritto ipotecario. Contro la quale conclusione, che reputa enorme, insiste fortemente il Delvincourt. Rapporto ai beni della comunione, due podestà cospiranti ad un fine, cioè di renderlo autonomo e padrone di alienarli senza il consenso della moglie, egli vede nel marito: quella ch'egli ha come comproprietario, e l'altra che gli deriva dalla natura della società maritale, nella quale è considerato come libero mandatario della moglie. Da ciò deducono i giureconsulti di questa opinione che assai più forte è nel marito la ragione della disponibilità, in ordine ai beni della comunione, che non sia nei beni suoi proprî. Laonde se questi non può trasferirli se non col carico della ipoteca impressavi dal contratto matrimoniale a favore della moglie, tutt'altro avviene per quelli che sono comuni. Imperocchè, possedendo egli il mandato della moglie, e virtualmente agendo in nome suo, e col consenso implicito di lei, ne segue che i beni si trasferiscono nei terzi liberi dalla ipoteca legale, nello stesso modo che liberamente verrebbero trasferiti se l'intervento della moglie fosse espresso e formale. Pretendere che il mandante possa evincere colui che legittimamente dal

---

(*a*) Renusson, Grenier, Toullier, Troplong, Duranton ecc.

Digitized by Google

mandatario acquistò, non è un violare gli essenziali principî del contratto di mandato?

Gli avversarî si fanno sostegno dell'art. 1494, il quale dice « Che la moglie rinunziante è liberata da qualunque contribuzione per i debiti della comunione, tanto a riguardo del marito che dei creditori ». Eppure anche per siffatti impegni si presume il mandato della moglie. Ragionando *a pari*, se la moglie rinunziante non è obbligata ai debiti della comunione a formare i quali essa non concorse, similmente sarà tenuta irresponsabile delle vendite fatte, di propria autorità, dal marito.

Ma questa parte risponde: esser un esorbitante privilegio, che si dee piuttosto restringere che ampliare, sino a farne regola e modello dei casi analoghi e non espressi. Osservano ancora che, per rispetto dei debiti ch'essa non deve pagare, la donna non farebbe che difendersi colla *eccezione* contro le altrui pretese, laddove nel contrario caso spiegherebbe essa medesima la pretesa, e agirebbe *in via di azione* contro i cessionarî del marito.

Dalloz (N. 155. N. 15.) si richiama più vigorosamente ai principî che governano le società; ricorda che il socio gerente obbliga colle sue operazioni legittime tutti gli associati, come se tutti i membri dell'associazione v'intervenissero personalmente. Rigetta come vana fantasìa la *finzione* della *non comunione*, vinta dalla verità e dal fatto. Converrebbe, egli dice, trovarvi appoggio nella legge. Al contrario sotto un ben diverso aspetto a lui appare il sistema del codice. Vera àccomandita, egli continua, nella quale la donna è socia accomanditaria, non correndo altro rischio che di perdere il capitale immesso; socio gerente è il marito, firmatario della società, e solo responsabile de'suoi atti in faccia ai terzi. Se gli affari balenano, la donna rinuncia: ma questa stessa rinuncia è la prova della sua semplice qualità di socia accomanditaria. Se camminano a seconda, essa persevera e raccoglie i favori della fortuna. Teoria ben soddisfacente perchè non abbiano a coltivarsi vane e pericolose astrazioni!

Ragioni possenti vi si aggiungono, finisce il Dalloz. Il règgime della comunione tende ad agevolare le operazioni economiche della famiglia; quale intralcio altrimenti! Se rispondete, che nulla impedisce di chiamare la femmina in concorso, egli ripiglia,

Digitized by Google

a che dunque la ipoteca? Non vedete che in luogo della ipoteca voi mettete il concorso, e distruggete l'esorbitante privilegio che volete sostenere? (*a*).

4. Il campione di maggior forza nell'opposto partito è il Duranton (*b*). Tutto il contrario sistema, egli dice, riposa sulla base chimerica ed arbitraria *di un mandato* che la moglie fatto abbia al marito di vendere e ipotecare a suo grado i beni della comunione. Si fa pure assegnamento sulla facoltà che la legge impartisce al marito di vendere, egli solo, e ipotecare i beni della comunione, deducendo che ciò non sarebbe più vero, e che i terzi non vorrebbero più trattare con lui, senza il consenso della moglie.

L'illustre autore non nega il mandato, ma dice essere *condizionale:* nel supposto cioè, e alla condizione che la donna non usi della facoltà, che ha dalla legge, di rinunciare alla comunione.

Un altro obbietto: l'interesse della moglie. Se la moglie ha interesse nella comunione, perchè non dovrà esser associata alla obbligazione. Sapete in che consiste l'interesse della moglie? Si ripiglia: nella facoltà di accettare un giorno la comunione. Interesse eventuale e condizionale, laonde della stessa natura eventuale e condizionale è il mandato che supponiamo da lei dato al marito. Paragoniamo pure il diritto della moglie a quello di un socio in accomandita; il mandato che si reputa da costui accordato ai gerenti sociali, ha bensì effetto anche rapporto all'interesse di lui, ma non oltre la concorrenza della sua importazione; perduto o abbandonato il capitale immesso, egli diventa straniero agli atti della società; similmente straniera alle operazioni economiche del marito diventa la moglie che ha rinunciato alla comunione. Viste le cose sotto questo punto, che Duranton dice essere il solo vero, è forza concludere che la moglie conserva la sua ipoteca, come sui beni personali del marito, così sugli acquisti della comunione; dovendosi tenere in massima che,

---

(*a*) Nello stesso modo ragiona il Cubain N. 528. e Persil. Quest. T. 1. N. 235.

(*b*) N. 330. 331. Il Troplong ne discorre come di passaggio al N. 433. ter.

Digitized by Google

sopravvenuta la rinuncia, *essi non abbiano mai appartenuto che al solo marito.*

È facile, egli continua, risponder all'altra obbiezione, tolta dall'imbarazzo che sentirebbe l'amministrazione del marito da siffatti impacci. L'obbiezione è tale che nulla prova per voler provar troppo; giacchè, essendo incontestato che la ipoteca della moglie percuote i beni particolari del marito, sen dovrebbe dedurre che il marito si trova nello stesso stato d'inabilità e d'imbarazzo anche rapporto all'amministrazione dei beni proprî: il che nessuno ha ancor detto. È chiaro che se la donna accetta la comunione, come d'ordinario avviene, non sarà mai ostacolo la ipoteca di lei alle azioni del marito. Avvertite inoltre, che nel caso eziandio della rinuncia, non resteranno senza effetto le vendite e le ipoteche acconsentite dal marito, salvo l'esercizio della ipoteca legale. Può facilmente accadere che nullo, o ben tenue, sia il credito della donna; e prescindendo da questo, è palese da tutto ciò che l'amministrazione del marito non è così paralizzata come si pretende; d'altra parte perchè dovrebb'essere più assoluta, più libera, di quella dei beni proprî, se anche questa non si ritiene paralizzata perchè la ipoteca della moglie vi si mantenga di tutto il suo peso? (*a*).

§. CCXXIII.

Continuazione. Opinione dell' autore.

Una quistione sì imponente rivela per certo un grave difetto della legislazione francese. Bisogna convenire: essa si ravvolge in una oscurità profonda, quando permette un grado di probabilità ad amendue codeste opinioni, sorrette da argomenti potentissimi.

Io credo preferibile la seconda. I contrarî hanno avuto il torto di levare troppo alto la quistione, trasportandola nelle regioni

---

(*a*) Il Duranton allo stesso luogo avverte che, se il credito della moglie fosse nato *posteriormente* alla vendita fatta dal marito, essa non potrebbe perseguitare i terzi alienatarî.

Digitized by Google

dei principî, e misurandola alle regole primitive del giusto e dell'onesto. Nulla di più vero. In ogni società l'istitutore, il gerente, colui che visibilmente amministra *vis a vis* come dicono, e in faccia ai terzi, ha per natura stessa del convegno sociale il mandato dei socî. Nulla di più giusto, quanto attribuire alle costui operazioni la incontrastabile efficacia di obbligare la unione, salvo di renderne conto a suoi mandanti. Nulla di più onesto quanto il dovere dei mandatarî di rispettar gli atti del loro rappresentante. Aggiungerò; nulla di più coerente, non solo alla probità delle contrattazioni, ma eziandio ai diritti del Credito, o alla onorata fede dei commercî. Dato il sistema della comunione, ammessa nella donna la facoltà iniziale di accedervi o accettare un diverso ordine di rapporti economici verso il marito, stretto il patto sociale in una forma solenne e palese, e con esso conferita al capo della società, al signore della famiglia, quella facoltà illimitata che una legge espressa sembra guarentirgli, è qualcosa di ripugnante quella specie di ritrattazione finale, e di restituzione in intiero, che un'altra legge permette alla donna (o suoi eredi) quando pentita della sua antica adesione, mossa da uno scopo non di verità, non di giustizia, ma utilitario, ripiglia dei diritti che aveva abbandonati, si spoglia della veste di socia quando le torna conto, e impugna il flagello della persecuzione giuridica contro i cessionarî del proprio marito! L'imperatore *uxorius* non inventò nulla di più sovversivo per favorire le femmine.

2. Ma le leggi, eziandio cattive, van giudicate come sono, non come dovrebbero essere. Le consuetudini di alcuni paesi di Francia raccolte nei rispettivi statuti si presentavano con quel disordine che suole accompagnare le abitudini volgari abbandonate a se stesse, talchè il Pothier (*a*), parlando della moglie e delle sue attinenze sociali, si esprime « la moglie non vi ha per tal tempo (cioè nella società finchè dura) fuorchè *un diritto informe* il quale è propriamente il diritto di dividere un giorno ciò che comporrà tal comunione all'epoca del suo scioglimento. Ciò fece dire a Molineo, sull'art. 119. dell'antico statuto di Parigi che la moglie

(*a*) Tratt. della comunione fra marito e moglie N. 3.

Digitized by Google

non est proprie socia sed speratur fore; e altrove, che questa comunione è anzi *in abitu quam in actu* ».

Ma è pur vero che in quelle vecchie origini è d'uopo investigare la natura della istituzione. Il Codice non fece che offrire quella tradizione sotto l'apparente candore delle nuove forme. Vedesi pertanto col testimonio del Molineo e del Pothier, che anche in antico la comunione era piuttosto un nome che un fatto, fintantochè l'esito di essa non avesse ispirato alla moglie il consiglio dell'accettazione definitiva o del rifiuto. Si può gridare contro la stranezza e l'esorbitanza di un tale privilegio; ma non fare ch'esso non sia. Poichè, a ben guardare, tutta la quistione dipende da ciò. Dipende dal sapere se l'adesione stipulata della donna alla comunione, nell'ingresso del vivere matrimoniale, *sia sino da quel momento per lei obbligatoria; ovvero la moglie non abbia fatto che stipulare a se stessa semplicemente un diritto e una facoltà di partecipare della comunione* quando si è arrivati allo scioglimento, quando si è in grado di calcolarne le conseguenze.

Non ci può esser equivoco, perchè le parole son chiare « *Dopo lo scioglimento della comunione*, la moglie o i suoi eredi e aventi causa *hanno la facoltà di accettarla o rinunciarla.* Ecco dunque una accettazione postuma: inammissibile, se potesse supporsi avvenuta innanzi. Non cade e non può cader contraddizione coll'art. 1400. Non vi contrasta punto il *silenzio* che presume la volontà della comunione; e la stessa *dichiarazione*, come il Duranton disse, non è che una *accettazione condizionale* (*a*). Diventa

---

(*a*) Riporto un interessante brano del Pothier che addita una delle cause storiche della rinuncia. « Il diritto di rinunziare alla comunione per liberarsi dai debiti, fu accordato da prima alle persone nobili al tempo delle crociate, a cagione dei molti debiti fatti dai signori, dai gentiluomini pei viaggi di oltremare. In seguito cotesto dritto è stato esteso a tutte le donne ed ai loro eredi. — Questa rinuncia alla comunione doveasi fare anticamente all'epoca delle esequie del marito, con certe cerimonie. La vedova, in segno della sua rinunzia, si discingeva, e gittava sulla fossa di suo marito la borsa e le chiavi che essa aveva appese alla sua cintura. Oggi la rinunzia si fa in un atto fatto da notaro, e può effettuarsi in ogni tempo » Tratt. d. N. 92.

Digitized by Google

pura allora solo che la moglie si muove dal suo posto, e s'ingerisce negli atti dell'amministrazione (art. 1454.).

3. Quasi a coprire il pudore di sì esorbitante concessione, la legge condanna la moglie a perdere la maggior parte del mobiliare conferito (1492.) ma bisogna assolutamente tenere, contro il Delvincourt, che *le rimane sempre preservata la Ipoteca genericamente attribuitale dagli articoli* 2121. *e* 2135.

Non si è detto nulla di solido contro una tal massima. Argomento invincibile è questo, che la moglie trova in quegli articoli *il fondamento giuridico della ipoteca su tutti i beni del marito;* che *il marito ha la proprietà dei beni della comunione;* quindi tutti i beni della comunione sono colpiti dalla ipoteca di lei; che rifiutare la comunione, lungi dall'equivalere alla rinuncia della ipoteca, equivale al mantenerla. Ed io vado più avanti. E dico che non è già una *finzione* la proprietà del marito sui beni da lui alienati, ma è una verità che solo può conciliare in lui l'autonomìa che gli concedeva la legge; e che sussiste ad un modo o la moglie accetti o rifiuti la comunione.

§. CCXXIV.

Come l'acquirente possa guarentirsi colla purgazione della ipoteca legale.

Nemico, come io sono di tale sistema, osservo che ben doveva accrescerne la confusione quel tristo favore della *ipoteca tacita*, a cui, non so come, cedevano i redattori del codice, di che verrà il discorrere più avanti. Il pericolo e lo sgomento dei terzi era fatto maggiore dalla facoltà di percuotere che la donna, o gli eredi di lei hanno in qualunque tempo, secondo un'acconcia osservazione del Grenier. (N. 249.). Perciò la saviezza dei giureconsulti suggerì la cautela della purgazione.

Giova che io riporti la specie immaginata dallo stesso Grenier, che dimostra questa necessità, e aggiunge al quadro una tinta sempre più fosca. Il marito che possiede un valore in immobili di 100 mila franchi, ne vende a Paolo per 20 mila. La moglie ha

Digitized by Google

una ipoteca tacita per altri 20 mila. Vende poscia a Pietro gl'immobili che gli restano liberi per franchi 60 mila senza pubblicare la ipoteca della moglie sui propri beni, giusta l'art. 2136. Pietro, secondo acquirente, procede alla purgazione; la moglie non si fa viva; non concorre; non si tiene perciò ragione della sua ipoteca tacita che non si manifesta in verun modo; e Pietro, liberato dal pericolo, paga senza più al marito venditore i 20 mila franchi. Un bel giorno la donna si consiglia di far valere i suoi diritti ipotecarî. Paolo è la vittima sacrificata, perchè se ne stette a badare e non purgò il fondo. Non fu mai maggiormente sentita la necessità della purgazione che in quella oscurità delle ipoteche tacite: il solo mezzo di accendere e convertire in luce quella elettricità latente.

§. CCXXV.

Del sistema della comunione adottato nel Regno delle Due Sicilie.

1. Trapiantata sotto il cielo italiano questa istituzione transalpina ha perduto del suo natìo vigore: essa non è più la presunzione legittima del contratto matrimoniale; ma dev'essere espressamente stipulata (art. 1395.). Anzi « in difetto di patti particolari, si osservano le norme *del contratto di società* ». La legge non dichiara a quale specie di società intenda riferirsi, ma noi dobbiamo tenere *alle universali* al cui ordine appartiene quella dei coniugi. Così sui primi passi veggiamo manifestarsi un pensiero di armonìa e di giusto equilibrio fra i diritti e le obbligazioni degli associati. Il Codice francese vi ha subìto un cangiamento importantissimo nella restrizione della facoltà maritale: il marito amministra, ma non può vendere, ipotecare ecc. secondo gli eccessivi poteri che ritrae da quel Codice (*a*). Non ci faremo ad esaminare le altre differenze fra que' sistemi, fermandoci a questo che interessa il nostro tema ipotecario.

(*a*) Socius rem comunem non recte vendit. Perez. al Tit. Cod. de comun. rer. alienat.

Digitized by Google

2. Noi troviamo improponibile innanzi alla legge siciliana la quistione discussa nei §§. CCXXIII. CCXXIV. Essa è troncata dalla radice perchè il marito non è più il proprietario dei beni della comunione; e quantunque non si dica espressamente (e sarebbe stata ottima cosa il farlo) che — *non può alienare*, come si legge nel §. 1399. intorno *ai beni particolari della moglie*, nonostante, e la facoltà a lui data soltanto dell'amministrare, e la soppressione significantissima di quell'articolo del codice francese che — attribuiva letteralmente al marito la facoltà di *vendere alienare ecc.* (*a*) ci fanno persuasi di una mutazione fatta con savio ed avveduto proposito.

3. Può opporsi una difficoltà. Il Codice ci rimanda alle regole della società (sopra N. 1.); ed ivi troviamo all'art. 1732. che « il socio che *non è amministratore* non può alienare nè obbligare le cose, benchè mobili, le quali dipendono dalla società ». Adunque per la ragione dei contrarî, si dirà, *il socio amministratore può alienare ecc.* Perchè non anche il marito, che l'art. 1396. qualifica *amministratore* dei beni della comunione, richiamando a spiegazione dei casi non contemplati le norme generali della società? Ma la legge non dice che quelle norme debbano servire di supplimento al silenzio della legislazione coniugale; ma solo al *difetto di patti particolari.* Questa legislazione, come tale, deve ritenersi così compita.

Laonde la quistione che tanto affanna gli scrittori francesi, è divenuta improponibile, poichè se il marito non può alienare i beni della comunione senza il placito della compagna, nulla sarà del chiedere se i terzi acquisitori possano essere molestati dalla ipoteca della moglie.

4. È conservato l'incongruo diritto *di accettare o rinunciare alla comunione* dopo lo scioglimento (art. 1418. e segg.). Più cauta

---

(*a*) Significantissima, poichè, com'è noto, il Codice Siciliano pose le sue orme su quelle di Francia, con tanta precisione quanta non han fatto gli altri codici imitativi. Che se i redattori incontrandosi in quell'articolo, lo tagliaron di netto, per questo solo sarebbe chiara l'abolizione. Arcieri — Instituz. di Dir. Civ. Tom. V. N. 309.

Digitized by Google

nel modo, esigendo l'inventario, più misurata nei termini che la legge francese, la Siciliana non esprime gli effetti della rinuncia, ma gli abbandona per così dire alle regole di ragione; e se non ci guida essa stessa per mano verso un termine di giustizia, almeno non vi contrasta con improvvide disposizioni.

§. CCXXVI.

Della comunione matrimoniale secondo il Codice di Sardegna.

« Non è permesso, dice l'art. 1573., agli sposi di contrarre altra comunione universale di beni *fuorchè quella degli utili* » che è legge molto commendevole; onde fa maraviglia trovare dopo una discesa di cinque o sei articoli, uno di questa maniera « il marito solo può amministrare i beni della comunione ecc. » non può però, *salvo a titolo oneroso*, alienare o ipotecare i beni *la cui proprietà cade nella comunione.* Come si conciliano questi fatti; non potersi contrarre comunione *fuorchè degli utili*, e pure *cadere nella comunione* la proprietà dei beni stabili? Manco male che il marito non può donare e gettar via le sostanze comuni, ma *a titolo oneroso*, senza ragione di prezzo, senza causa giustificata, senza intervento della moglie, ipoteca ed aliena i beni *stabili della comunione*, in una comunione limitata *agli utili!* (*a*). Per cui si riproducono in codesta legislazione le velleità fastidiose della giurisprudenza francese sul diritto ipotecario della moglie, persecutorio dei beni alienati dal marito nella libertà e pienezza de' suoi poteri (*b*).

(*a*) Singolare ancora che mentre può alienare e ipotecare non può locare, che a vita, come un usufruttuario. art. 1579.

(*b*) La semplicità del Codice Austriaco intorno a questo subbietto, non ha bisogno di glosse. Si ammette la comunione dei coniugi, ma *di regola* « soltanto pel caso di morte, e dà al coniuge diritto alla metà di quei beni posti reciprocamente in comunione che rimanessero dopo la morte dell'altro » §. 1234. Carabelli §. XIII. N. 17. Quindi non può incontrarsi urto di quistioni ipotecarie. Gli altri nostri codici italiani non adottano il sistema della comunione.

Digitized by Google

§. CCXXVII.

Confronto critico fra il sistema dotale e quello della comunione.

1. Il sistema dotale fu quello degli antichi. I romani nei più bei tempi della giurisprudenza, nel più energico sviluppo della istituzione, e sotto la ispirazione della idea cattolica, non compresero mai il concetto della comunione. Unione d'affetti, divisione d'interessi economici, ecco le migliori guarentigie del domestico riposo. L'inchiostro dell'agenzìa turba il sereno; e la discordia è sempre pronta a spuntare dalla penna che scrive il mastro dei conti sociali. La donna, che gli scortesi prammatici osarono chiamare *avarum genus*, quanto più è costumata, massaia, attaccata alla famiglia, tanto più si fissa sui proprî averi, e vi calcola, e vi fonda la futura felicità dei figliuoli. Finchè vive tranquilla nel possesso dei beni proprî, il cuore di moglie e di madre le fa soave il versare in famiglia i doni della sua particolare fortuna; fra i ceppi della comunione è agitata nel vivo sentimento della proprietà e in quello dell'impotenza; non può disporre dei frutti, è in pericolo di perdere il capitale; la uguaglianza della condizione civile, in cui la legge parve collocarla, l'esalta oltre la naturale condizione della femmina; ma priva in effetto d'ogni potere, in luogo di dare, si stanca di chiedere; potrebbe aprir l'animo nel dolce tepore della beneficenza; ma finchè dorme con quell'uomo sullo stesso giaciglio, apparirà una beneficata nulla avente del proprio; o mendicante dal socio che le risparmi almeno la miseria di venderle le sostanze, e non la mandi a discutere sulla sua tomba i libri d'amministrazione, e i bilanci sociali per giudicare le azioni economiche del trapassato: e decidere se debba accettarle o rifiutarle; restar fedele a suoi impegni sociali, o disertare dalla bandiera. Credetemi: in tutto questo vi ha dell'efferato e dell'incomportabile!

2. È vero che la legge non obbliga la moglie al reggime della comunione; ma quale scelta, quanto savia e matura, può promettersi da una donna di 20 anni, ignorante d'affari, priva d'esperienza! La sua scelta sarà quella del marito, o di fiacchi e

Digitized by Google

indiscreti parenti. *Patrimonium mulieris* nel sistema romano è la Dote. O immobile ed inalienabile, il dominio rimane costantemente in lei, o convertito in credito riposa sotto la protezione d'una buona ipoteca; finchè il matrimonio dura, questo stato di cose non si agita nè si rimuta; non ci vogliono nè cancellerie nè libri di conti; i frutti sono del marito: ecco tutto. Il vincolo suole estendersi, è vero, su tutti i beni del marito; ma se il gravame soverchia, è colpa del sistema ipotecario che poveretto ne ha tante: la dote è innocente; essa non ha bisogno che di una assicurazione proporzionata; una ipoteca indefinita, sconfinata, immensa, non è ciò che le conviene. Del peccato non furono esenti i romani: ma noi parliamo semplicemente della istituzione. Ma con quanta abilità quegli uomini del senso pratico maneggiarono questa molla! Come seppero trovar modo di ferire l'interesse del marito che, ricevendo la dote, sembrava non dare cosa alcuna in correspettivo o equilibrio di tale realtà! Le donazioni antenuziali, se ebbero tutt'altro scopo, sotto la mano del legislatore diventano obbligazioni; si appareggiano alla dote; le fanno bilancia; insieme alla dote formano materia che a suo tempo diventa penale, e punto di mira dei colpi del legislatore per punire l'adulterio, e gli scellerati abbandoni; e ch'egli a tempo solleva ora in questa parte ora in quella, ostacolo politico a frenare la matta cupidità dei divorzî (*a*). Il sistema dotale non abbaruffa la economia dei conjugi perchè non la ravvicina con contatti offensivi; non ha repetii sul passato, non timori sull'avvenire, definisce la situazione, e quando si scioglie, la vedova non ha niente a deliberare. Questo sistema non le rasciuga le lagrime in fretta col barbaro appello ad un giudizio postumo sull'accettazione della comunione, e sul freddo calcolo delle conseguenze! Mi avrai già perdonato, lettore italiano, questa intramessa; avvezzi troppo a sentir proclamare i trovati forestieri, ci piacque vendicare alla bella e semplice istituzione dotale, gentilissimo frutto del nostro suolo, quel primato di ragione che le appartiene su quel deforme sistema, vanto dei francesi, che chiamano *comunione conjugale.*

(*a*) §. CCXX.

Digitized by Google

CAPO II.

GENERALI SULLA IPOTECA LEGALE DELLE DONNE MARITATE, E SPECIALI DISPOSIZIONI DEL DIRITTO ROMANO

§. CCXXVIII. — *Osservazioni preliminari.*
§. CCXXIX. — *Della ipoteca tacita.*
§. CCXXX. — *Come la ipoteca legale differisca dal privilegio.*
§. CCXXXI. — *Della ipoteca legale delle mogli secondo la giurisprudenza romana.*

§. CCXXVIII.

Osservazioni preliminari.

1. È chiaro che la ipoteca legale è quella che nasce dalla volontà della legge, indipendentemente da qualunque convenzione. La legge non ha, come l'uomo, le sue fiducie personali; non ha simpatìe, non amicizie; non calcola mai sulle forze degli individui. Questi sfilano mano mano sotto il suo trono e scompajono; essa li giudica nel momentaneo loro passaggio; ma a tale movimento potrebbe mai unirsi la idea della durata? Essa non conosce che *cauzioni reali*. In due modi la legge precorre il privato bisogno, o coll'offrirsi pronta a condiscendere all'invito qualora l'uomo si trovi nelle circostanze da lei ben prevedute; o coll'imporre precettivamente, e come un dovere imprescindibile, quei fatti che sono in armonia colle sue generali vedute. Esempio di cauzione della prima specie è quella *damni infecti* che il proprietario di un edificio minacciante ruina è obbligato di prestare a favor del vicino; quella dello statista costretto a litigare coll'estero; dei legatarî che possono assicurarsi sui beni della successione; in generale tutte le cauzioni di mero interesse e d'ordine privato. Sono *imperative* le cauzioni interessanti l'ordine pubblico, come quelle delle donne maritate e dei minori; la legge

Digitized by Google

compiacendosi di un certo assetto economico ha veduto in esso la difesa delle classi privilegiate, e la consacrazione di un elemento prezioso al tessuto sociale, onde ha voluto recarsene in mano le condizioni della durata.

2. Non so se sia mai stato segnalato questo duplice interesse della ipoteca legale; che o guarda nella persona privilegiata la incarnazione di un fatto utile e degno di essere perennemente conservato; ovvero non ha rispetto che alla persona, al fine di guidarla colla sua mano potente, e preservarla dai pericoli che incontrerebbe altrimenti. La prevalenza dello scopo obbiettivo si verifica nella ipoteca legale delle mogli per la conservazione delle loro doti, dell'erario pubblico, delle chiese, dei luoghi pii, stabilimenti pubblici e simili. Giacchè la salvezza delle doti tiene alla frequenza, alla prosperità, e lietezza dei conjugi, e quindi alle basi della società umana fondata nella famiglia. E grande solenne importantissimo oggetto è la incolumità dei patrimoni delle chiese, della pietà pubblica, e dello Stato: nei quali tutti lo scopo personale è vinto dal reale. All'incontro nella ipoteca legale dei minori l'intento è personale; talchè cessato il bisogno di protegger la persona, la legge si ritira; e liberata dalla sua disciplina, la licenzia, per così dire, alla società.

§. CCXXIX.

Della ipoteca tacita.

1. Prima di trascorrere la storia di questa parte interessante della Ipoteca, gioverà intendersi sopra un vocabolo che i francesi ci hanno avvezzati a ripeter molto spesso — l'ipoteca *tacita*. *Tacito* opposto logico di *espresso*; ma questo è generalissimo. Parlando d'ipoteca, e togliendo la definizione dal suo lato negativo, diciamo *tacita* quella che non si vede nascere da espressa convenzione; e dal lato positivo, quella che è dedotta dalla volontà della legge, indipendentemente dalla dichiarazione dell'uomo (*a*).

(*a*) Cod. quib. mod. pign. tacit. contr. — Mantica de tacit. et ambig. Lib. II. Tit. II. num. 3. — Merlin. de pign. et hyp. Lib. I. q. II.

Digitized by Google

I prammatici lo hanno stabilito, come un dato fermo di ragione — e pongono — *quando la legge o lo statuto induce la ipoteca, benchè espressamente la chiami ipoteca, pur tacita si appella, collo stesso valor della espressa* (*a*). *Tacita* sarebbe eziandio se la legge o lo statuto dicesse, che tale ipoteca dovesse conseguire gli effetti di ogni altra risultante da pubblico istrumento, poichè a ogni modo da pubblico istrumento non si vedrebbe risultare (*b*). D'ipoteche *tacite* è sparso il corpo delle leggi romane. Quella delle amministrazioni pupillari (*c*), ed oltre quella famosissima delle doti, la ipoteca a carico dei beni del primo matrimonio quando il padre passa a seconde nozze (*d*); o sugli stessi beni paterni, quando il padre versa con dolo e frode nell'amministrazione dei beni dei figli (*e*). Questi esempî escludono la opinione di chi stima, essere le ipoteche tacite nella stessa volontà presunta dell'uomo, di cui essa si fa come interprete e ministra (*f*). No: la legge impera e domina le volontà, ed opera senza tenervi riguardo alcuno. Essa dall'alto suo orizzonte prende di mira uno scopo grande, ed a quello si avvia. L'uomo non farebbe ciò ch'essa fa; o se potesse, farebbe il contrario; essa fa il voler suo. Quel padre binubo, ha già dimenticati i figli di un amore che è stato surrogato, ma la legge non si dimentica di loro; quell'altro fra il giuoco e le male pratiche, invece di pensare alla conservazione del patrimonio dei figliuoli, sta per gettarlo ai cani: è la legge che gli arresta la mano, e copre i poverini del suo scudo potente. Togliamo dunque via anche questo pregiudizio. La ipoteca *tacita* non è fondata sopra nessuna presunta volontà o convenzione tacita: ma è un portato della onnipotenza legislativa (*g*).

(*a*) Negusant. 4. M. Par. 2. num. 1.

(*b*) eod.

(*c*) L. pro officio Cod. de administr. tut.

(*d*) L. si quis prioris §. in illo C. de sec. nupt.

(*e*) L. cum oportet. §. non autem e §. fin. C. de bon. quae lib.

(*f*) Merlin. Lib. 1. T. 11. Qu. 11. N. 35.

(*g*) Indarno si appella alla ipoteca tacita *pro inventis et illatis* ecc. che si ritiene, com'è vero, partorita dalla implicita volontà del locatore e

Digitized by Google

2. Quando, secondo i francesi, discorriamo d'ipoteca *tacita*, intendiamo tutt'altra cosa: intendiamo quella che *non è iscritta*. Noi non abbiamo più ipoteche tacite, nel senso delle antiche leggi; *le ipoteche legali* ne tengono il luogo. L'antagonismo è cangiato. Per gli antichi la ipoteca convenzionale era la ipoteca *espressa*; per noi la ipoteca *espressa* è quella che è fatta pubblica colla iscrizione. Per ragione degli opposti, ipoteca *tacita* era per essi la ipoteca legale; per noi è quella sprovveduta d'iscrizione.

§. CCXXX.

Come la ipoteca legale differisca dal privilegio.

Il *privilegio* in giure ipotecario è un fatto eccezionale e limitativo la regola generale che procede per successione di tempi, e dal tempo misura l'ordine dei diritti: il privilegio riceve la sua forza relativa da quella *della causa* che lo produce. L'*ipoteca legale* appartiene appunto alla famiglia delle ipoteche, perchè è soggetta come tutte le sue consorelle, al dominio del tempo e alla tirannìa della data. In generale i privilegi giuridici sono moltiplici e varî di natura e di forma, tutti suonano limitazione di una legge comune, quasi *privazione* d'applicazione in quel dato caso speciale. Ma nel particolar tecnicismo della scienza ipotecaria, privilegio è quello che abbiam detto: ipoteca e privilegio stanno fra loro come il *genere* e la *specie*. Il privilegio è ipoteca; non viceversa. È ipoteca perchè è *vincolo reale costituito sopra beni immobili*, colle altre prerogative che seguono; e così si arroga una gran parte almeno degli elementi della definizione della ipoteca. Non per questo si può dire che *Privilegio* sia *ipoteca privilegiata*. Giacchè riducendo il *privilegio* a un semplice attributo della ipoteca, si direbbe cosa assurda, e scientificamente impropria. *Privilegio* dunque sta da se; ed esprime quello che deve esprimere,

---

del conduttore. Bart. in L. item quis D. de pact. Mantic. d. T. II. N. 5. *Il gius singulare* che nasce da questo privilegio non può generalizzarsi per farne una misura comune alla teoria delle ipoteche tacite.

Digitized by Google

e non ha bisogno di mettersi in coda della ipoteca per qualificarla. L'*ipoteca legale* pertanto non occupa che un posto distinto e suo proprio a fianco della *giudiziale* e della *convenzionale;* e si distingue nel nascimento, nella estensione, in un certo splendore, direi quasi, che le deriva da una più immediata protezione del governo, e in altri caratteri accidentali; ma non sarà mai nè *privilegio* nè *privilegiata:* chè non potrebbe ammettersi perchè non sarebbe privilegio e parteciperebbe del privilegio: ma presso noi fra Privilegio ed Ipoteca *medium non datur.* Se vogliam permetterci di chiamare *classi privilegiate le donne maritate, i minori ecc.* non sarà gran male; ma allora, prego notarlo, quel predicato sarà piuttosto in relazione colle leggi generali che comunemente trattano i cittadini in modo diverso, e meno affettuoso, per così dire, rispetto ai quali quelle classi appunto possono privilegiate appellarsi; ma non riferiamo quel predicato al sistema ipotecario, e non comprendiamo nulla in quel concetto che sia relativo al *privilegio* propriamente detto.

§. CCXXXI.

Della ipoteca legale delle mogli secondo la giurisprudenza romana.

Giustiniano trovate insufficienti la *rei uxoria* e la *ex stipulatu;* azioni personali ma che avevano la singolare virtù di prevalere agli anteriori diritti dei creditori chirografari, creò la ipoteca tacita (*a*) della moglie su tutti i beni del marito (*b*); creò l'azione di rivendicazione per ripetere le cose dotali esistenti nel patrimonio di lui, fosse o no la dote stimata (*c*); e a quella ipoteca diede sì gagliardo l'impulso che slanciolla oltre tutte quelle che i creditori del marito professassero per titoli anteriori (*d*).

(*a*) *Tacita* — cioè legale — V. §. CCXXIX.
(*b*) L. unic. C. de rei uxor. act.
(*c*) L. 30. C. de jur. dot. Chiesi N. 599.
(*d*) L. ult. §. 1. C. qui potior. in pign.

Digitized by Google

Questa è la breve storia delle esorbitanze giustinianee a favore delle femmine maritate (*a*). La posterità accettò con riconoscenza il beneficio della ipoteca; moderò gli effetti dell'azione di rivendicazione (*b*); e tolse via quell'eccesso di favore che turbava i diritti anteriormente acquistati dai creditori. Anche al marito fu accordata la stessa ipoteca tacita sui beni della moglie a cauzione del pagamento della dote costituita (*c*): il che ai moderni non arrise. E qui giova partitamente notare alcuni altri canoni o regole di quella legislazione.

1. Il marito, cui è stata evitta la dote, ha la ipoteca tacita sui beni del dotante per l'importare della evizione (*d*).

2. Il diritto dell'ipoteca tacita passa in qualunque persona insieme all'*actio dotis*: adunque anche negli estranei, o nei cessionari della donna (*e*).

3. La regola si estende: nella espressa cessione dei diritti dotali si ha per compresa quella della ipoteca tacita (*f*).

4. Il padre che agisce per la restituzione della dote in qualità di legittimo amministratore della figlia, è investito di questo

---

(*a*) V. §§. X. XI.

(*b*) Limitandoli ai beni dotali inestimati — Vinnio Inst. Lib. 2. T. 8.

(*c*) L. unic. C. de rei uxor. act. §. plenius.

(*d*) §. ut plenius C. de rei uxor. act. Secondo il gius novum, se promessa di evizione era intervenuta, il genero aveva l'azione ex stipulatu contro lo suocero, la moglie o suoi eredi; se niuna promessa era intervenuta, il marito esercitava l'azione di rivendicazione, nominata *ex empto* rispetto ai beni dotali inestimati. Altrimenti, se le cose erano corse in buona fede; altra azione non gli competeva. Se c'era dolo, egli agiva semplicemente coll'azione *in factum*. L. 1. D. de jur. dot. I prammatici distinguono sottilmente: doversi la evizione delle cose dotali, se il contratto avesse avuto cominciamento dalla promessa; non così se dalla tradizione. *Bald.* Ma ciò dee giustamente intendersi rapporto all'estraneo dotante che non avendo immediatamente stipulata la restituzione, si tiene aver donato. Bald. tract. dot. P. 7. priv. 42.

(*e*) Bart. ad l. 1. D. solut. matrim. allegando il testo nel §. fuerat Inst. de act.

(*f*) Bald. ad l. 1. Salicet. in l. si solutum. C. de oblig. et act.

Digitized by Google

privilegio (*a*) della ipoteca tacita; altro è s'egli agisce in nome proprio per effetto della stipulazione già in suo nome contratta (*b*).

5. I beni del padre sono tacitamente ipotecati alla restituzione della dote della nuora (*c*). E quando è obbligato egli stesso alla restituzione, e per conseguenza quando è che si carica della ipoteca? Allora solo ch'egli abbia prestato tale consenso, che non si restringa, in proprietà, di termini, al matrimonio del figlio, ma comprenda le sue obbligazioni dotali (*d*).

Io credo che noi siamo nel caso di quei testi oscurati dall'acume degl'interpreti; giacchè il discorso di Ulpiano nel *detto* §. *transgrediamur L.* 22. *si cum dotem. D. solut. matrim.* parmi lucidissimo. Stabilisce 1.° L'azione della dote compete contro il marito, se ha ricevuto la dote, o ha consentito che altri per lui la riceva. 2.° Se il marito sia figlio-famiglia, e la dote sia data al suocero, l'azione è contro lo suocero. 3.° Se la dote è soddisfatta al figlio, *jussu patris*, il padre è obbligato. 4.° Ancora è obbligato, se il figlio è in sua podestà, perchè si reputa essersi la dote versata *penes quem est peculium;* ma si condanna per quanto *est in peculio, vel si quid in rem patris versum est.* 5.° Se il suocero ha avuto la dote, non si può esercitare l'azione dotale contro il marito dal caso infuori ch'egli sia erede del padre.

Ma allora non si parlava d'ipoteca. Come potè farsi rimontare la giurisprudenza posteriore sino a raggiungere delle combinazioni

---

(*a*) Con ciò uso il linguaggio della giurisprudenza antica; mi guarderei dal chiamare *privilegio* della ipoteca *il diritto d'ipoteca* giusta il nostro sistema §. CCXXX.

(*b*) L. quoties De solut. matrim. L. dos a patre C. eod. Bart. in L. post dotem ad fin. D. eod. Augel. Imol. Negus. *Licet per obliquum*, come dicono, *talis exactio possit redundare in utilitatem filiae.* — Glossa M. Inst. de action. §. fuerat. Baldo pareva dubitare, ma in conclusione si aggiunse alla dottrina del maestro.

(*c*) Bart. in §. transgrediamur. L. si cum dotem D. solut. matrim.

(*d*) Il padre si obbliga *consentiendo simpliciter filio dotem recipienti.* Conviene però ch'egli o riceva la dote, o presti il suo consenso al figlio che la riceva; non così se dopo aver consentito al *filio simpliciter*, costui, insciente il padre, riceva di poi la dote. Bart. ibi et Socin. Cons. 269.

Digitized by Google

di diritto che il legislatore della ipoteca non avea pensate? Eppure la giurisprudenza assoggettò quegli obbligati ad uno stesso livello; e fece passar sovr' essi il giogo della ipoteca, non tanto per un tacito e implicito consentimento che si tengono 'aver prestato a una disposizione il cui spirito è quello di conservare le doti col mezzo della cauzione ipotecaria, quanto per un' altra ragione che vengo ad esporre.

6. Ho più volte avuta occasione di avvertire un mio modo di vedere particolare intorno a quelle transazioni che sogliono ricavarsi dalle implicite e tacite adesioni delle parti: e ho richiamato spesso la mente da queste idee *soggettive* a quelle più elevate ed *oggettive* che riguardano la volontà e potenza legislativa. Noi dobbiamo subire questa volontà e questa potenza superiore, come la influenza direi così degli astri, se pur gli astri hanno una influenza sui nostri corpi. Quando ci mettiamo in certe posizioni, o anche quando vi siamo spinti, ci è forza soggiacere a certe condizioni dell' organismo generale, come quei corpi in natura che si risentono delle condizioni atmosferiche entro le quali son messi a vivere. Un bell' esempio è nel nostro attual tema quello *del padre furioso*. Basta ch' egli abbia potuto consentire alle nozze sapendole corredate della dote: null' altro. I suoi beni vanno ipotecariamente obbligati alla restituzione, avvegnachè non abbia a ciò potuto dare il consenso suo per lo difetto mentale. Basterà il vedere se la cosa sia ragionevole in se stessa; e se sia verosimile ch' egli avrebbe consentito essendo di sana mente (*a*). Offendere, schiacciare la volontà individuale, ciò non presume la legge, ma seguendone al possibile i ragionevoli istinti, fare nonostante emergere la volontà propria; comando mite e paterno, ma a cui bisogna obbedire (*b*).

7. È chiaro volere dell' autentica *res quae Cod. de legat.*, e gius affatto singolare, che la ipoteca tacita si estende eziandio ai beni soggetti a fedecommesso.

(*a*) Ubi non potest per dementiam contradicere, consentire quis eam marito credet. L. 2. D. solut. matrim.

(*b*) Paul. de Castro Cons. 176.

Digitized by Google

8. La stessa ipoteca competere per *l'aumento dotale* (*a*). La data però dell'ipoteca non potrebbe togliersi che dal tempo in cui l'aumento è avvenuto (*b*).

9. La ipoteca tacita dotale copre inoltre *il diritto degli alimenti* dovuti alla moglie in relazione alla dote (*c*). S'inferisce argomento dalla obbligazione del pegno che per la sorte si estende virtualmente alle usure. Ma lasciata la similitudine, che poco stringe, e ridotta la teoria al succo, il suo fondamento è in questo, *che la ipoteca tacita non concerne la dote in quanto la dote è costituita in una data quantità, ma il suo obbietto è la stessa azione della dote, che principaliter est in consideratione.* Aggiungi che il *giudicio della dote è universale* rispetto alla donna; per cui gli alimenti, come accessioni di un giudicio universale, vengono *jure actionis* (*d*). Ne segue, che quantunque, durante il matrimonio, non sia ancor nata l'azione *pro dote restituenda* (*e*), tuttavia rapporto agli alimenti che dal marito le fossero dovuti (*f*), benissimo le compete *l'actio de dote* (*g*).

(*a*) Auth. de aequalit. dot. et ibi Angel.

(*b*) Potendosi aumentare la dote e la donazione *propter nuptias* anche costante il matrimonio *L. si constante C. de donat. ante nupt.*

(*c*) Teoria di Giacomo d'Arena e di Bartolo in L. si cum dotem §. sin autem in saevissimo D. solut. matrim.

(*d*) Come i frutti nel giudizio di petizione d'eredità. L. item veniunt §. fructus D. de pet. haered.

(*e*) Salvo il caso dell'inopia L. ubi adhuc C. de jur. dot.

(*f*) È chiaro che io non posso diffondermi in quest'altra ricerca, se e quando siano poi dovuti gli alimenti alla moglie, durante il matrimonio.

(*g*) Intorno al sapere se dal canto suo il marito possa valersi della ipoteca tacita che ha sui beni della moglie o del suocero a garanzia delle promesse dotali, se possa valersene, io diceva *per gli alimenti e per le usure della dote*, è quistione a mio parere molto grave, che il Baldo scioglie negativamente, che il Negusanzio decide in opposto. Io non dubiterei quanto alle usure della dote; ma temo forte rispetto agli alimenti, dispensandomi da una discussione che sarebbe troppo lunga.

Digitized by Google

10. Come la ipoteca tacita compete per la dote, così compete *a salvamento del valore o prezzo dei beni dotali alienati dal marito*, nei casi in cui tale alienazione gli è permessa (*a*). Su questa massima non cade quistione, ma piuttosto se il *prezzo ricavato dai beni del marito*, sia tacitamente ipotecato a quell' effetto. E benchè sia nota dottrina di Bartolo, tale obbligazione non essere che *sussidiaria*, cioè nel solo caso che altri beni del marito non esistano, e siano o venduti o incapaci, io tengo apertamente col Negusanzio; per il principio dichiarato nel numero precedente. *Universale*, nell' interesse della donna, è il giudizio di dote; e come nei giudizî universali il prezzo è sempre surrogato alla cosa (*b*), è conseguenza manifesta che anche nei giudizî dotali il prezzo *succedit loco rei*. E ciò che dicesi dell' azione, della ipoteca dee similmente affermarsi. Sendochè, l' azione ipotecaria è accessoria e pedissequa *all' actio dotis*, e sorte la natura del principale (*c*), che è la ragione del profondo Negusanzio.

11. *La ipoteca tacita dotale guarentisce anche i parafernali dal marito amministrati* (*d*).

(*a*) Per esempio in utilità della moglie L. ita constante.

(*b*) L. si rem et pretium D. de petit. haer. Ias. in L. si eum servum D. si cert. petat.

(*c*) L. si eum §. injuriar. D. si quis caut. Salic.

(*d*) L. fin. C. de pact. convent. et ibi Bartol. Bald. et Alex. in apostil. ad Bald. Se non che non trovandosi cauto in diritto, di alcuni testi singolari all' infuori (gloss. in L. si ego §. dotis ff. de jure dot.) non si accorda alla ipoteca dei parafernali la prelazione della L. assiduis C. qui potior. in pign.

Digitized by Google

CAPO III.

ORGANIZZAZIONE DELLA IPOTECA LEGALE DELLE MOGLI NEL SISTEMA FRANCESE

§. CCXXXII. — *Inconvenienti della ipoteca legale non iscritta.*
§. CCXXXIII. — *Se la data della ipoteca legale per sicurezza della dote e delle convenzioni matrimoniali abbia a contarsi dal giorno del contratto, o da quello della celebrazione del matrimonio.*
§. CCXXXIV. — *Opinione dell' autore che tiene doversi la ipoteca legale contare dal giorno del matrimonio, e non da quello del contratto civile.*
§. CCXXXV. — *Che intendiamo sotto la espressione* — dote o convenzioni matrimoniali —?
§. CCXXXVI. — *Se nella stessa disposizione siano compresi i beni parafernali.*
§. CCXXXVII. — *La ipoteca legale per l' amministrazione dei parafernali non ha bisogno d' iscrizione.*
§. CCXXXVIII. — *Sulla iscrizione delle ipoteche legali, e conclusione della discussione precedente.*
§. CCXXXIX. — *Data della ipoteca legale dei beni futuri che la moglie si è costituiti in dote.*

§. CCXXXII.

Inconvenienti della ipoteca legale non iscritta.

La legge di brumajo anno VII. obbligava le mogli ad iscrivere le loro ipoteche legali; sicchè, non avuto riguardo alla natura del titolo, i creditori più diligenti preferiva, protestando, per così dire, in anticipazione contro il futuro sistema della ipoteca tacita. Appiedi di questa legge novatricè veniva a morire il disegno giustinianeo; cessava la biasimata prelazione della *L.assiduis*

Digitized by Google

a favore della donna; posciachè i creditori d'ogni titolo le andavano innanzi colla sola misura del tempo. Difficilmente può concepirsi come i redattori del codice, propugnatori ardenti della pubblicità, si piacessero di coprire nelle tenebre tanta importanza, tanta estensione di diritti. Una cosa sola può dirsi a loro giustificazione: che li muovesse il pericolo a cui i patrimonî delle donne e dei minori potevano andar incontro per la ommissione di una formalità che non potè affidarsi a mani abbastanza sicure, ad esecutori riconosciuti infallibili. Questo segreto terrore del legislatore onora la sua coscienza. E nello stesso tempo rivela il capital difetto del sistema ipotecario, che è quello di reggersi sopra il giuoco spaventoso di formalità inesorabili. Checchessia, non ripeteremo quelle declamazioni di cui son pieni gli stessi libri francesi; e diremo solo, che se vi ha un sistema ipotecario, e se questo vive di forme materiali, e si trova buono malgrado il pericolo che ci si corre, l'esentarne alcune classi è un confondere tutte le nozioni dell'ambita pubblicità.

Per toccare qualcosa di speciale e concreto, uno degl'inconvenienti era quello di mancarci sotto la regola consueta che tutte le ipoteche si contano dalla *data della iscrizione*.

Un altro, che tiene di più alla generalità, ma che si traduce facilmente in casi pratici, e apre il campo a discussioni vitali, era il pericolo grave dei terzi che contraevano col marito i cui beni erano sottoposti alla ipoteca legale.

§. CCXXXIII.

Se la data della ipoteca legale per sicurezza della dote e delle convenzioni matrimoniali abbia a contarsi dal giorno del contratto, o da quello della celebrazione del matrimonio.

1. Fu già osservato che la legge francese si era pronunciata con molta inesattezza sopra questo importantissimo articolo di quistione che avrebbe dovuto decidersi con una parola.

Difatti nel 2135. N. 2. si era detto — esistere la ipoteca indipendentemente da qualunque iscrizione — a vantaggio delle mogli per ragione delle loro doti e convenzioni matrimoniali, sopra

Digitized by Google

gl'immobili dei loro mariti *da computarsi dal giorno del loro matrimonio*. Nel 2194., parlando dell'obbligo d'iscrivere le ipoteche delle mogli nei due mesi dalla notifica dell'estratto all'oggetto della purgazione, si dice, che « tali iscrizioni avranno il loro effetto come se fossero state fatte nel giorno *del contratto di matrimonio*. E nel 2195 si ripete che tali iscrizioni *avranno sempre la data del contratto* di matrimonio.

Adunque dal *contratto*, o dall'atto civile e religioso del matrimonio, che può celebrarsi molto dopo, deve togliersi la data della ipoteca legale?

2. Il Troplong, porta la prima opinione (*a*). Egli cede alla testuale espressione degli articoli 2194 e 2195. e tenta una conciliazione col 2135., punto non sospettando vizio o negligenza nella redazione. E la conciliazione starebbe in questo, che i primi due parlerebbero nel supposto che un contratto formale esista, e l'ultimo nel supposto che non ci sia contratto; nel qual caso bisognerebbe partire dal giorno del matrimonio, sendochè la legge stessa s'incarica d'imporre il regolamento che guiderà i futuri rapporti economici del conjugio.

Ma una sana critica disapprova il tentativo del celebre scrittore. Se il redattore di quegli articoli ci avesse pensato, avrebbe detto, e ripetuto in ciascuno — *dal giorno del matrimonio — o da quello del contratto* — per far capire che il punto di partenza della ipoteca poteva esser diverso, secondochè risultassero o no convenzioni matrimoniali espresse e solenni. Poi avrebbe anche avuto cura di spiegare un poco, col dispendio di un'altra parola o due, perchè ci avesse posti innanzi quei termini distinti. Ma dicendo *simpliciter* nel 2135 che *la ipoteca legale delle mogli si deve computare dal giorno del matrimonio*, venne con ciò ad escludere qualunque altro termine: ed avvertite, che questo articolo si presenta col carattere e colla imponenza di una regola fondamentale. All'incontro negli articoli 2194. e 2195. non si fece altro còmpito *che dal contratto*, con sembiante di escludere ogni altro sistema: tanto più che nell'ultimo si aggiunse — che *sempre* le iscrizioni avrebbero la data *dal contratto di matrimonio*. Come dunque

(*a*) N. 578. e segg.

Digitized by Google

può reggere la conciliativa del Troplong? Perchè nella regola generale escludere *il giorno del contratto;* perchè nei due articoli speciali escludere *quello del matrimonio?* Evidentemente qui c'è errore e vizio di compilazione. Ciò dicono anche il Duranton (N. 20.), e il Persil (Reg. hyp. articolo 2135.). Se non che quest'ultimo è nel credere che, colla espressione *contrat de mariage,* abbia voluto significarsi *jour de mariage;* impropriando le parole per coprire la sconcezza della contraddizione (*a*).

3. È però una ragione di gran peso quella che soggiunge il Troplong. Se la legge stessa non s'incaricasse, egli dice, di costituire la ipoteca legale, da quale atto dovrebbe partire la ipoteca convenzionale, se non appunto dalla convenzione e dal contratto? Ebbene, la finzione che sta in luogo della realtà, e la rappresenta, non può produrre effetti contrarî e diversi (*b*).

Non gli fa ostacolo che il « contratto di matrimonio è sempre subordinato a una condizione sospensiva — *si nuptiae, secutae fuerint;* — aggiungendo che l'adempimento di tale condizione (mista) si retrotrae al giorno del contratto, come se il matrimonio fosse in quel giorno avvenuto (*c*).

Ci rammenta la sentenza di Papiniano, che è apertissima nella L. 1. D. qui potior. in pign. Richiesto il giureconsulto, se la ipoteca dotale debba togliersi dal giorno della numerazione effettiva, o dal contratto, stabilisce come termine fisso *a die contractae obligationis* (*d*).

Vero è che nella specie di Papiniano la ipoteca era stipulata, ma l'autore ripete il suo argomento: che cioè la legge fa le veci della convenzione.

(*a*) Il Pothier — Contratto del matrim. N. 2. — opina che nella locuzione — *contrat de mariage* — si denotino senza improprietà e lo stesso matrimonio e le convenzioni matrimoniali.

(*b*) Citando l'autorità del Negusant. 1. M. 4. N. 11.

(*c*) La stessa opinione avevano tenuta Torrible, Domat, Basnage ed altri, e non mancano alcuni antichi giudicati. E pare realmente che sotto la influenza dei vecchi statuti francesi (testimonî Coquille, D'Hèricourt, Pothier etc.) la ipoteca legale acquistasse vigore *dal giorno del contratto.*

(*d*) L. 1. D. qui potior. in pign.

Digitized by Google

Rinviando alcuni obbietti, di cui ci occuperemo qui appresso, ammette che grave è la quistione, e che « dalla sua soluzione può dipendere la sorte di tutti i creditori, che hanno contrattato col marito nell'intervallo tra il contratto di matrimonio e la sua celebrazione ». Aggiungi, che tutte le nostre legislazioni hanno interesse in questa decisione; perocchè tutte hanno subìto il loro periodo di dominio francese, e frequenti sono i casi che denno giudicarsi con quelle leggi.

4. Dopo la pubblicazione dell'opera di Troplong si sono aumentati gli avversarî della sua opinione. Duranton, Cotelle, Pannier, Tessier, Cubain, Chardon, Battur, O. Leclerq, Proudhon, hanno rimessa in onore la sentenza di Grenier; e proclamato d'accordo il principio, che la ipoteca legale deve contarsi *dal giorno della celebrazione del matrimonio.*

Non lascieremo tanta controversia senza uno scioglimento: timidi e cauti fra gli opposti giudizî d'uomini insigni.

5. Grenier (N. 243.) vedeva nella espressione degli articoli 2194. e 2195. un trascorso, una dimenticanza del redattore; si appoggiava principalmente alla regola scritta nel 2135. Quanto alla giustizia della legge, sentiva nel cuore il pericolo dei terzi, che contrattando col futuro sposo, nell'intervallo fra il contratto del matrimonio e la sua celebrazione, ignorando molto probabilmente quell'atto preliminare, potevano cadere in insidie dalle quali non avriano saputo come guardarsi. *La dote,* egli continua, non è tale se non c'è matrimonio; e solo da questo punto cominciano e si annodano i rapporti morali e giuridici degli sposi. Supponete che il creditore dell'intervallo possa iscrivere ipoteca efficace contro il fidanzato; perchè non potrebbe cogliere con lui la futura sposa? — Perchè un acquirente, trascritto il suo acquisto, non potrebbe subito metter mano alla purgazione delle ipoteche, radiando anche quella della sposa in progetto? Ma no, perchè costei potrebbe anche non divenirla. Per tanto quale confusione d'idee, quale oscillare di tutti i principî regolatori della pubblicità!

Il Tessier (pag. 303.) si pone su questa via, considerando che, sebbene la ipoteca della moglie sia esente da iscrizione, tuttavia il legislatore non ha voluto privarla di una certa pubblicità a

Digitized by Google

salvezza dei terzi. L'oscuro intervallo fra il contratto e il matrimonio non presenta veruna guarentigia al creditore. Ipoteca legale e matrimonio: non si concepisce l'una dall'altro disgiunta; oltreciò dare pubblicità a una ipoteca non ancor nata, è assurdo. Come Grenier, nota l'inconveniente di un acquisto in seguito del quale non potesse purgarsi la ipoteca di una donna, che non ha ancor salito il talamo, che non è ancor moglie, e sarebbe già in possesso di quei diritti che alle mogli appartengono! (*a*). Prevede che nel frattanto il marito può caricarsi di debiti e d'ipoteche; e render fors'anche impossibile il matrimonio. Più ancora. Se gli fu già contata la dote, potrebbe venirne danno irreparabile al costituente; ma, nell'interesse dei terzi risponde, che i mal accorti e gl'imprudenti s'abbiano il male che ben facilmente potevano evitare. Spiega ancora, o crede di spiegare, perchè antichi autori portassero diversa sentenza.

Cubain abborda più decisamente l'avversario comune. Preferisce il dettato dell'articolo 2135., che si occupa direttamente della materia, mentre gli altri articoli vi accennano di passaggio. Dice che il discorso di Troplong non è che una confusione. *La non validità* del matrimonio, prosegue, dipende da una vera condizione *potestativa*, cioè dalla volontà del fidanzato che è pure il debitore, e nega quindi la retroattività che Troplong deduce dal purificarsi di una condizione *mista*.

Chardon si attiene più forte alla idea della pubblicità. Rigetta le antiche dottrine avvezze a versare fra le tenebre di quei sistemi. Tutto ciò che vi ha di solenne nella celebrazione di un atto matrimoniale, e la notorietà che ne deriva, per lui, supplisce alla più clamorosa pubblicità della iscrizione. Volere che il futuro

---

(*a*) Osservate l'articolo 1399. Esso dice che la comunione tanto legale che convenzionale comincia *dal giorno del matrimonio; e non si può stipulare ch'essa comincierà in altra epoca*. Argomento assai potente da aggiungere agli altri; poichè, nella espressione — *convenzioni matrimoniali* — si comprendono anche i diritti dell'associazione (§. CCXXXV.) ne segue che il *rapporto ipotecario* sarebbe antenato alla formazione dei rapporti di diritto fra coniugi.

Digitized by Google

marito, non ancora vestito di diritti dotali, perchè non ha ancora quelli di marito, possa creare delle obbligazioni relative a diritti che non possiede, è contraddizione che fa stupore! Rimanda con un cenno sdegnoso l'argomento che il Troplong toglie dall'articolo 1404. mostrando la sua eccentricità alla presente quistione.

§. CCXXXIV.

Opinione dell' autore che tiene doversi la ipoteca legale contare dal giorno del matrimonio, e non dal contratto civile.

1. Io accetto come perfetta la redazione del 2135. Ho per inavvertite e mal pesate le formule diverse che si leggono negli altri due testi.

I motivi addotti dagli oppositori del Troplong sono validissimi e, come io tengo, trionfanti. Senza ripeterli, mi occuperò alquanto degli argomenti di quell'illustre, a cui non si è data risposta.

Ho ricordata una delle ragioni, forse la più grave, che si produca da questo partito (§. precedente N. 3.). Parmi però che non sia ben posta la quistione, dicendo — *se la legge non avesse stabilita la ipoteca legale, per mezzo di una finzione favorevole, e avesse data alle parti la cura di stipularla, le convenzioni relative si troverebbero nel contratto matrimoniale* — È quanto dire — *se la ipoteca non fosse legale sarebbe convenzionale, e perciò non avrebbe altra data che quella della convenzione* — Ma è forse giusto definire la natura di un diritto da suoi caratteri negativi, *da ciò che non è*, supponendo che fosse un diritto diverso? Studiando l'indole della ipoteca legale, noi prescindiamo affatto dalla convenzionale; supponiamo anzi che non esista, o almeno la sua esistenza ci è indifferente.

2. Qui è d'uopo fermarsi alquanto per considerare questo punto, e portarvi quella chiarezza che forse si desidera nelle altre trattazioni.

Digitized by Google

Niuno nega che una ipoteca matrimoniale possa stabilirsi in un contratto; e avendo i requisiti richiesti dagli articoli 2127. 2129. e 2132. possa iscriversi; ed iscritta mantenga il grado dal giorno della iscrizione. L'*ipoteca legale*, che non potrà mai dirsi supplimento della convenzionale, può bensì nominarsi — *un atto della volontà del legislatore che provvede in quel modo che stima migliore all'interesse di alcune classi che hanno d'uopo di una particolare protezione del governo* — Ma il Governo non vuole imporla questa protezione, come un giogo tirannico, come una forza inevitabile. La sua azione superiore non impedisce il prudente svolgimento dell'azione privata e famigliare che si sostituisce a quella della legge, e regola la economia del diritto matrimoniale. Difatti, lasciando stare le disposizioni relative alla facoltà che ai coniugi appartiene di modificare le norme generali della comunione legale (articoli 1497. e segg.), basterà aver presente l'articolo 1542., che, parlando della *costituzione della dote*, l'abilita a comprendere anche *un oggetto individuale*, cioè dei fondi speciali e determinati. Or bene; se gli sposi, in luogo di attendere la tutela della legalità che verrà a ravvolgerli nel capace suo manto, fanno da se; e agli affari loro danno quel sesto che meglio conviene, la legge non lascierà di produrre il suo effetto, e nascerà tuttavia la ipoteca legale, ma la sua indefinita ampiezza potrà ridursi a termini dello stipulato (*a*). Così avremo un contratto; avremo una ipoteca speciale; avremo fors'anche una iscrizione che avrà la naturale sua data.

Ma tutto ciò non verrà ad urtare col provvedimento generico e comune della legalità. Possono moltiplicarsi i mezzi e le garanzie muliebri; ma, lasciando ai privati tutta la indipendenza d'azione, la legge non mancherà a se stessa. Ciò è dir ben poco in questa materia; noi la riassumeremo; ma intanto abbiamo forte argomento in mano per soddisfare al signor Troplong. Bisogna negare assolutamente che ci sia una *finzione* nella legge, simulante nella legalità della ipoteca, una convenzione delle parti. Lungi dal fingere la esistenza di un contratto, abile a paralizzare

(*a*) A suo luogo farò più chiare queste idee.

Digitized by Google

la sua influenza, la legge suppone il contrario. E pone le sue proprie generali disposizioni in luogo delle contrattuali che mancano, e quando pure esistano, le sono affatto estranee; poichè tali convenzioni potriano anch'essere improvvide, insufficienti, o per mala cura ed oscitanza rimanere ineseguite. Intanto la ipoteca nasce col matrimonio, e a tutto provvede. Atto della volontà suprema, immediato, diretto; non modellato a veruna convenzione di privati, vera o supposta.

Falsa adunque è quella inferenza; che la data della ipoteca legale abbia a dedursi *dal contratto* matrimoniale, perchè *se la legge avesse lasciata questa cura alle parti, non ci sarebbe altro metodo possibile di computazione.* Egli è che la legge *non ha lasciata questa cura alle parti;* ma l'ha imposta a se stessa. Non può fingere ciò che non vuole ed esclude. È chiaro che *la data della ipoteca legale* non può avere rapporti d'analogia con quelli della convenzionale. Gli ordini delle legali e delle convenzionali ipoteche sono affatto separati e distinti; i loro effetti al tutto diversi, muovono da cause pure diverse; nè dalle une alle altre può farsi argomento.

4. La legge 1. *D. qui potior. in pign.* (Ved. §. preced. N. 3.) suppone una convenzione valida a produrre ipoteca per se stessa; e di ciò non è quistione alcuna. Nasce poi il dubbio se dal giorno della convenzione, o da quello della numerazione debba misurarsi la data ipotecaria. E Papiniano risponde — dal giorno *contractae obligationis.* Nulla di più vero (*a*). Ma Troplong, citando a suo profitto questa sentenza, decide la quistione colla quistione. La ipoteca secondo quella legge nasceva dallo stipulato, onde l'avverata condizione del pagamento risaliva ne' suoi effetti allo stipulato medesimo. Noi neghiamo che il contratto di matrimonio importi la ipoteca legale. Il Troplong non prova il contrario, ma asserisce come cosa positiva una *finzione* che non esiste. E per dimostrare che la *ipoteca legale*, secondo lo spirito del codice moderno, muove dal contratto, ci rinvìa a una decisione,

---

(*a*) Ved. il §. CXII. N. 2.

Digitized by Google

conformata al sistema antico, che parla d'ipoteca convenzionale, indubbiamente valida (*a*).

5. Non può negarsi che gli oppositori del celebre scrittore si afforzino principalmente degl'inconvenienti che il suo sistema fa temere a danno dei terzi: onde da questo lato la dimostrazione è d'ordine meramente negativo. Contuttociò quando si ha per se un testo espresso, (2135.) e delle buoni ragioni a provare l'assurdità di una diversa lezione, si è forti abbastanza. Troplong per rispondere collo stesso tuono, pone un inconveniente a fronte di un altro; e dice — « che se la ipoteca non avesse che la data del giorno in cui viene celebrato il matrimonio, il marito potrebbe nel giorno seguente vendere o ipotecare tutti i suoi immobili e di ogni provvida cautela per la sua dote e convenzioni matrimoniali privare la moglie » (N. 583.). Lo credete voi? Se il giorno stesso del matrimonio fissa la data della ipoteca, come potrà il marito far tutto questo rovinìo *al giorno seguente?* (*b*).

§. CCXXXV.

Che intendiamo sotto la espressione — dote e convenzioni matrimoniali?

1. Che si contiene nella Ipoteca legale della moglie? Quali azioni e quali diritti sono coperti dallo scudo della ipoteca? Come

---

(*a*) L'art. 1404, su cui molto insiste il Troplong, è speciale alla *comunione*. Lo aveva già osservato il Chardon. È una cautela prestabilita onde nel mezzo fra il contratto e la celebrazione del matrimonio, lo sposo non defraudi l'interesse della futura consorte, alienando i proprî beni. Del resto anche Pothier, segnalando la imperfezione della redazione dei tre articoli, teneva alla nostra interpretazione. La Corte di Nimes in una decisione, indarno combattuta dal Troplong, giudicò pure in questo senso.

(*b*) Scritte già queste pagine, io consultava il Chiesi che mi conforta col solido appoggio della sua opinione N. 806. Noi abbiam bisogno di forze riunite per abbattere certe teorie del Troplong, che fin qui ha dominato fra noi.

Digitized by Google

si vengono esercitando tali diritti? Questo esame è anche necessario per gli ulteriori sviluppi che ricerca la quistione *della data ipotecaria:* tanto codeste materie sono connesse fra loro!

2. *Dote.* Il codice suppone la *costituzione* formale della dote. Può « comprendere tutti *i beni presenti e futuri della donna;* o come parte di essi; o un *oggetto individuale* (fondo speciale) ». Concepita in termini generici non comprende i beni futuri (1542.).

Può anche formarsi di una quota non determinata di diritti, supponiamo, sui beni paterni e materni giusta l'art. 1545.

Checchessia di dote promessa dai genitori, e da estranei e non pagata al marito (di che verrà più avanti il parlare) la legge suppone che il debito della dote a costui appartenga; e così dalla ipoteca legale *verrà colpito eziandio l'immobile, stimato, recato in dote, qualora ci sia dichiarazione espressa che la stima produca l'effetto dell'alienazione* (1552.).

Similmente l'immobile *acquistato col denaro dotale, o dato in pagamento della dote costituita in denaro,* qualora nel contratto di matrimonio non sia stato diversamente provveduto (art. 1553.).

3. Comprendere nella ipoteca *tutte le convenzioni matrimoniali* è darvi la maggior estensione possibile. S'intende, che tutti codesti provvedimenti (vedovile, lucro di sopravvivenza, esibizione alimentaria, largizioni nuziali) (*a*) devono risultare dal contratto, essendo vietata, durante il matrimonio, e la costituzione e l'accrescimento della dote (art. 1543.).

4. Nel sistema della comunione sono indefinibili *le convenzioni* che possono stipularsi secondo l'art. 1497.

Converrà mantenere la ipoteca sui beni della comunione, per gli effetti che ci occorse di considerare nel § CCXXII. (*b*).

(*a*) Troplong N. 585. Rapporto agli ebrei il Tossefed, aumento consuetudinario del 10 per 100.

(*b*) Balleroy de Rinville — T. 2. N. 199 ricorda fra i diritti coperti dalla ipoteca legale 1.° i prodotti delle boscaglie di cui nell'art. 592. 2.° delle cave e delle miniere menzionate nell'art. 1403 — 3.° le obbligazioni cauzionali, trattandosi di comunione — art. 1431.

Digitized by Google

§. CCXXXVI.

Se nella stessa disposizione siano compresi i beni parafernali.

1. Il diritto romano concedeva ipoteca alla moglie per sicurezza de' suoi parafernali (*a*). Il codice la mantenne; essendo chiarissimo il dire dell' articolo « *I diritti e i crediti* cui è attribuita la ipoteca legale, sono quelli *delle donne maritate* sopra i beni dei loro mariti ». Sono *diritti e crediti* della moglie, anche quelli che derivano dall' amministrazione de' suoi beni parafernali affidati al marito.

Se i beni parafernali si distinguono dai dotali, e quanto alla proprietà e quanto al frutto e quanto alla economia della gestione, havvi pur sempre una attinenza particolare fra essi; ed è che gli uni e gli altri subiscono, benchè in un grado diverso, la influenza del poter maritale, e si modificano dallo stato del matrimonio. Vero è che quella che ho chiamata influenza non è necessaria, poichè la moglie può anche amministrare da se (art. 1576.); ma è quasi impossibile ch' essa non ceda alla vivace virtù di un contatto che signoreggia il suo essere fisico e morale; che le fa sentire la sua inferiorità in ogni genere d' affari; che dal sentimento di famiglia che l' assorbe, la dispone a confidare le proprie cose al marito. *Perchè tale*, egli diventa facilmente l'amministratore dei beni della moglie. Ed è ben giusto che, se questo è l' effetto, quasi naturale, dell' intima società in cui vivono congiunti, esso ottenga dalla legge la stessa protezione che si concede agli altri diritti che derivano alla donna dalla sua posizione e qualità di moglie (*b*).

(*a*) L. si mulier. ult. C. de pact. convent. modificò la L. 9. de jure dotium che non accordava alla moglie che l' azione personale.

(*b*) V. Tarrible all' art. 1577. pag. 268.

Digitized by Google

Come la ipoteca che ha il minore sui beni del tutore, concerne diritti e crediti futuri: ostacolo e mezzo di reintegrazione a danni eventuali. Non aveva altra intesa la *L. si mulier*, e si vede che su queste traccie camminarono i redattori del codice.

2. Ha torto Grenier dove dice (N. 232.) *la ipoteca non si estende ai frutti dei capitali.* È bella la confutazione del Troplong (*a*), e a quella mi attengo. Se Grenier ragiona sul testo della L. mulier, questo gli mostra evidentemente che la interpretazione è fallace. Il legislatore romano dava la ipoteca a indennità delle riscossioni che il marito fosse per fare; non prevenne il caso di frutti che fossero rimasti inconsunti, o d'interessi dovuti dal marito per impiego di capitali a profitto proprio. Ma io direi più presto che male si conviene argomentare dall'antica, in tanta lucidità della legge novella, che in quella forma universale di esprimersi (i diritti e i crediti) inchiude manifestamente i frutti e gl'interessi degli stradotali, se e come siano dovuti (*b*).

§. CCXXXVII.

L'ipoteca legale per l'amministrazione dei parafernali non ha bisogno d'iscrizione.

1. Il Grenier ha su questo subbietto una assai prolissa dissertazione al N. 229. L'autorità del grande giureconsulto m'impone di compendiarne gli argomenti. Il fôro ha bisogno di vedere codeste gravi quistioni un po' estesamente trattate.

(*a*) N. 418. A cui si aggiunge adesso quella del Chiesi — N. 803.

(*b*) Chardon — « L'oggetto della ipoteca legale della moglie si è di assicurarla, sul valore degl'immobili del marito, del pagamento *di tutto quanto* si troverà essere *debitore* nel giorno, in cui per qualsivoglia causa, la donna, per mezzo fors'anche degli eredi, torni in possesso de' suoi diritti ». Poco vale l'opposizione del Delvincourt. Egli osserva che la ipoteca tacita è essa stessa una eccezione nel sistema ipotecario, nè quindi deve estendersi oltre i casi espressi. Ma noi diciamo che il *caso è espresso* nella generale dizione dell'art. 2121.

Digitized by Google

Pone innanzi tratto che « la legislazione francese riconosce due specie d'ipoteche legali, la prima *esente* dalla iscrizione, la seconda che vi è soggetta ». Certo è ancora, egli dice, che l'art. 2135. è di tal forma che non comprende « tutti i diritti e crediti qualunque della moglie » ma li restringe e determina.

È da riflettere, che il legislatore usò la parola *dote*, e sarebbe assurdo il farvi entrare dei diritti che dotali non fossero. Osservate gli articoli 1540. e 1541. e vedrete come la *dote* vi sia assai bene definita — *consistere in quei beni che la moglie porta al marito per sostenere i pesi del matrimonio;* — e come gli stradotali abbiano un senso totalmente opposto.

Inoltre (nell'art. 2135.) è scritto « che la moglie non ha ipoteca pei capitali *dotali* che, durante il matrimonio, le provengono da eredità ». Colle quali parole il legislatore avrebbe incongruamente ristretta *quella generalità* che si suppone stabilita nelle prime parole del medesimo articolo.

Facendo la voce *droits* (usata dall'art. 2121.) sinonimo di *reprises* aggiunge (a dir vero senza molto provarlo) che tal voce è estranea *a tutto ciò che non è dote;* e censura quell'acuto ingegno di Tarrible che vi aveva data una spiegazione diversa (*a*).

Non è punto penetrato di un altro argomento del Tarrible, che vede in questo metodo della iscrizione un grave pericolo della donna, cui il marito, mosso dal fine di opposto interesse, potrebbe impedire l'eseguimento della formalità. Risponde il Grenier, doversi tenere che la donna abbia facoltà d'iscrivere la sua ipoteca senza dipender dal marito; onde dovrà sempre imputare a se stessa di non averlo fatto. D'altra parte la legge è meno gelosa di quella influenza nei parafernali, che nei diritti propriamente dotali.

Combatte l'obbietto che si deduce dal principio che « la prescrizione non corre contro le donne maritate per quelle azioni per le quali il marito è garantito ». Dice essere analogia troppo lontana; e sostiene che ben maggior interesse ripone la legge nel

---

(*a*) In altri luoghi il Codice ha veramente la parola — *reprises* — Art. 2140. 2144. ecc.

Digitized by Google

difender la buona fede dei terzi che per una ragionevole ignoranza del vero stato delle cose potrebbero cadere in inganno.

Si eleva anche a delle idee d'ordine generale. Che il principio — *interest rei publicae dotes salvas esse* — venne assai svigorito dai costumi francesi, dalle regie ordinanze; essere quasi caduto in disuso il Vellejano; che se il Codice Civile, *per un sistema d'indulgenza*, dispensa dalla iscrizione prescritta dalla legge di brumajo, ciò semplicemente avvenne *per le doti e beni dotali;* che lo spirito del legislatore non fu di comprender nella eccezione altri e diversi diritti; che la pubblicità della ipoteca è il principio fondamentale della nostra legislazione; che questa legge deve rispettarsi, anzichè moltiplicare le eccezioni (*a*).

Questa è la dottrina dell'illustre Grenier, fedelmente compendiata.

2. Sentiamo ora il Troplong (*b*). Ei fa le maraviglie (*c*), come avendo il Grenier convenuto che « *la ipoteca legale* della moglie guarentisse qualunque siasi credito di lei » s'impigli nonostante a sostenere essere necessaria la iscrizione, laddove è appunto proprietà della ipoteca legale il farne senza! (*d*) Ci sono forse due sorta d'ipoteche legali, continua il Troplong, « l'una delle quali dispensata dalla iscrizione e l'altra sottoposta a questa formalità? » Ebbene, stando alla parola del Grenier, così bisognerebbe concludere.

Ma dove vorrà porre il Grenier gli articoli 2140. 2144. 2193. 2195. nei quali, copulando « la dot de la femme, *ses reprises* et conventions matrimoniales » la legge chiaramente avvisa tutti questi diritti ed azioni, comprendersi nella *ipoteca legale*, e durare senza iscrizione?

(*a*) Cita una decisione che svolge dei motivi precisamente nel senso della dottrina da lui difesa.

(*b*) Il Demante, tanto prima del Troplong, tentò una confutazione del Grenier.

(*c*) Anche Grenier trovava *etonnante* che potesse in contrario disputarsi.

(*d*) Qui però debbo avvertire che il Grenier non accettò punto quella proposizione assoluta che gli mette in bocca il suo contradditore.

Digitized by Google

Non conviene sul significato del vocabolo *reprises*, cui esso (il Troplong) attribuisce « un significato generale, e applicabile *a tutto ciò che la moglie ha diritto di pretender dal marito, e tutto ciò che può ripetere come dotale o come stradotale sotto l'una e l'altra regola* ».

Più ancora. L'espressione — *proprî beni alienati* — che si legge nello stesso art. 2135. dà ben chiaramente a divedere, che qui si tratta eziandio degli stradotali, che sono appunto *i beni proprî* della moglie. Avverte, che non solo parlando della comunione, ma anche in tema dotale (art. 1546.) fu quella locuzione adottata.

Ne segue che la responsabilità del marito è identica nell'uno e nell'altro caso.

Tocca delle cause morali, ripetendo l'argomento del Tarrible: gli fa impressione la influenza ostativa del marito, che potrebbe anche impedir la moglie impaurita dal prender iscrizione, onde si troverebbe a peggior condizione che ogni altro creditore. E mostra che decisioni meno antiche della Corte di Cassazione hanno seguìta questa giurisprudenza.

3. Il Chiesi (N. 804.) osserva — due forme d'ipoteche legali avere introdotto la legge giustinianea, *l'una privilegiata per la dote, e l'altra semplice, ossia non privilegiata pei crediti stradotali;* e domanda se lo stesso metodo non abbia professato il Codice Napoleone. Non osa dir chiara la legge, e ammette il dubbio; ma soggiunge, doversi il dubbio sciogliere a favore della unità del sistema, e contro la necessità della iscrizione. Appoggia questo pensiero al procedimento storico della istituzione, rammentando come fosse discussa e rejetta la pubblicità che la legge di brumajo aveva disegnata eziandio agli atti dei minori e delle donne, e alla idea dell'interesse loro il Consiglio di Stato sagrificasse risolutamente quello del Credito, e la ragione dei terzi. E per ogni altra risposta, trascrive una decisione di Modena (*a*) che ha dei motivi eccellenti, e merita fra le consorelle un posto d'onore.

(*a*) 6 Agosto 1853. — Causa Ditta Bazzigher con Chierici — Gazzetti.

Digitized by Google

4. Io, ultimo di tutti, accetto questa opinione che stimo rispondere sì alle parole che allo spirito della legge. Ma, come non sembrami abbastanza chiarito in codeste dottrine l'articolo *delle due ipoteche legali*, le une esenti dalla iscrizione, e le altre che vi sono soggette (sentenza di tal uomo che ha grande autorità in questa materia), ci sarà necessario il seguente esame intermedio.

§. CCXXXVIII.

Sulla iscrizione delle ipoteche legali, e conclusione della discussione precedente.

1. Non bisogna dire con Grenier — « *essere incontrastabile* che la legge francese riconosce due specie d'ipoteche legali, la prima che *va esente dall'obbligo d'iscrizione; e l'altra che vi è soggetta*; ma invece deve porsi quest'altro postulato: che *una è la natura delle ipoteche legali;* che *non sussiste la pretesa divisione in due classi;* che *la iscrizione a cui la ipoteca legale è sottoposta, non è già una ipoteca diversa, ma l'abito esteriore che in alcuni casi si fa vestire alla stessa ipoteca legale*, per farla comparire in pubblico, quando il caso è che debba fare quella comparsa. Vediamolo.

L'articolo 2136. impone ai mariti, ai tutori ecc. *di render pubbliche le loro ipoteche*, manifestando le *ipoteche legali* delle loro mogli e dei loro amministrati. Lo stesso obbligo impone l'art. 2138. al Procurator regio, il 2139. ai parenti. Talchè nòn è neppur permesso *pattuire che non si faccia alcuna iscrizione.*

Possono farsi emergere forzatamente le iscrizioni delle *ipoteche legali* dagli acquirenti che intendono alla purgazione dei fondi (articoli 2193. 2195.); ma è chiaro che in tutti questi casi *è la stessa ipoteca legale* la quale acquista una esteriorità, ed una manifestazione più solenne.

All'articolo 2135. si fa dire quel che non dice. Ivi si parla d'ipoteche non *d'iscrizioni.* Vi sono espressi i punti di partenza dei varî diritti ipotecarî annunciati; ma è sempre la *ipoteca tacita* che variamente si sviluppa e procede; l'occhio non vi legge in verun modo che *la data della iscrizione* segni il punto di partenza.

Digitized by Google

Che significa « questo articolo venne concepito in un senso inclusivo per alcuni diritti ed esclusivo per taluni altri »? Io non intendo questo passo del Grenier. Sono tutti diritti coperti dalla legalità della ipoteca, con diversa ragione di tempo ». Se il legislatore avesse inteso di accordare la ipoteca legale *senza l'iscrizione per tutti i diritti e crediti qualunque della moglie* l'avrebbe detto con una parola! « Lo ha detto, se non con una parola, con poche, all'ingresso dell'articolo — *esiste la ipoteca indipendentemente da qualunque iscrizione . . . .* ». Non avrebbe usato un linguaggio di distribuzione, di distinzione, di particolare applicazione delle cose che devono aver il favore della ipoteca legale esente dalla iscrizione. *Solo perchè il legislatore denota questi oggetti, egli fa conoscere esservene degli altri, cui viene negato il medesimo privilegio* ». La povera e meschina teoria è posta al nudo da cotale difesa! Ah! *la denotazione degli oggetti*, importa che ve ne sono *degli altri*, ai quali è negato il privilegio? E non basta dire che gli *oggetti si denotano* non già per negare il *privilegio*, come impropriamente si dice, ma in quella vece per *determinare la data* da cui la ipoteca comincia ad aver forza? E poi? Havvi forse alcuna di codeste date che si tolga da quella della iscrizione? Non derivano tutte *dal titolo?* Così se il Troplong fu contento al dire che non ci possono essere due sorta d'ipoteche legali, io credo averlo provato, rimuovendo il dubitare del Chiesi.

2. A un altro obbietto del Grenier non parmi risposto. Sostiene che quelle parole della legge (art. 2135.) « la moglie non ha ipoteca pei capitali *dotali* che provengono da eredità . . . . sono decisive a mostrare che *solo i titoli dotali* sono favoriti dalla *ipoteca legale libera d'iscrizione!* Al contrario, è quella semplicemente una restrizione alla regola precedentemente posta — che la ipoteca legale deve *computarsi dal giorno del matrimonio*, altra legge disponendo per gli acquisti dotali che si fanno in virtù di eredità, e di donazione durante il matrimonio (*a*); nei quali casi la ipoteca legale *non corre che dal giorno dell'apertura delle successioni, o da*

(*a*) Supponendo che nel contratto matrimoniale la dote sia stata estesa ai futuri ed eventuali acquisti.

Digitized by Google

quello in cui le donazioni hanno conseguìto il loro effetto. È sempre una quistione di data e di tempo.

§. CCXXXIX.

Data della ipoteca legale dei futuri acquisti che la moglie si è costituiti in dote.

1. Il diritto romano che permetteva alla donna di costituirsi in dote la universalità de' suoi beni *presenti e futuri* (*a*), accordava una ipoteca la cui *unica data* era quella della obbligazione (*b*). Ma da qual punto nasce la obbligazione, domandavano i francesi, i quali credendo di trovarla solo nel momento in cui un caso eventuale, e forse inaspettato, portava ai conjugi quella fortuna, da quel solo momento davano passaporto alla ipoteca legale *dei beni futuri.*

Invece i nostri antichi dicevano: varî sono gli eventi che danno attualità ad obbligazione semplicemente abituale: ma la obbligazione è *una.* Quando altri si obbligò a prestare un fatto all'apparire di un altro fatto già preveduto, prestandolo, egli agisce *ex necessitate praecedentis obligationis* (*c*). Voi trovate dunque la sua obbligazione nel primo tempo in cui si convenne, non già nell'ultimo in cui si adempie. Erano logici quegli antichi! I nostri valorosi vicini hanno sempre in bocca la *equità* quando si dividono dalle norme del diritto romano. Una ipoteca *generale* (tale, com'è noto, è per regola la ipoteca legale) una ipoteca *generale*, che non s'iscrive, e che acquista tante date quanti sono gli avvenimenti che verificano incrementi economici a vantaggio della moglie, ricadenti poi nel marito che diventa debitore della restituzione; una tale ipoteca è forse una desiderabile novità? Finchè i creditori non avranno a guardare, per dir così,

---

(*a*) L. 4. C. de jur. dot.

(*b*) Noi torneremo su questo argomento trattando del sistema pontificio.

(*c*) Faber in Cod. L. 8. T. 8. def. 15.

Digitized by Google

che in un punto fisso, in quello del matrimonio (dappoichè, finch'esso dura, il contratto non si altera nè si muta) una norma potranno averla i creditori a conoscere di quali ipoteche siasi caricato il marito a favore della moglie. Ma dopo ciò? Qual luce ci scorge per metterci sui passi ora di una donazione, ora di una eredità, ora di una vincita al lotto, ora di un fortunato giuoco commerciale che ha arricchito la moglie di somme più o meno cospicue, le quali passate di tratto nella tasca del marito, giusta il patto matrimoniale, lo sottopongono ipso facto a una proporzionata ipoteca tacita e silenziosa, che tutti ignorano, che a ben pochi, o tardi, fors'anche inutilmente, è dato di verificare? La stessa garanzia della moglie oscilla e può trovarsi in pericolo. Il marito che all'epoca del matrimonio aveva beni e poteva guarentire, non ha più nulla, è al verde, nel momento che la donna acquista una eredità mobiliare; tuttavia è convenuto che il dominio trapassi in lui coll'obbligo di restituir l'altrettanto ch'egli non potrà più restituire!

2. Parve anche equivoca la forma del dire. Rispetto alle *donazioni* la ipoteca comincia dal giorno *in cui esse avranno il loro effetto* (art. 2135.). Come intendi? Dal giorno in cui il marito avrà riscosse le somme provenienti dalla donazione; ovveramente da quello in cui nasce il diritto di percepirle? La interpretazione dei migliori (*a*) accetta quest'ultima spiegazione. Il Chiesi, osservando che la donazione ha il suo giuridico effetto come sia accettata (*b*), esclude persino l'equivoco, ed ha ragione.

3. La ipoteca pei capitali dotali, provenienti *da eredità*, data *dal giorno dell'apertura delle successioni*. Articolo suddetto.

4. A questo luogo il Chiesi estende le osservazioni oltre il confine del commento francese. Osserva con Marcadè, che, secondo il Codice Napoleone, la parola *eredità* comprende la *legittima* soltanto, non la *testamentaria*. « Le disposizioni testamentarie sono o *universali*, o a *titolo universale*, o a *titolo particolare*. Art. 1002.

(*a*) Tarrible. Repert. Iscript. pag. 204. Persil all'art. 2135. Troplong. N. 586.

(*b*) N. 807.

Digitized by Google

Noi possiamo supporre che la donna acquisti per uno di codesti titoli; e si domanda quale sarà il punto di partenza della sua ipoteca legale a carico del marito che raccoglie i vantaggi della successione? Io rispondo che in tutti questi casi la data della ipoteca muove dal giorno *dell' aperta successione*, poichè questo è il chiaro disposto dell' art. 2135. Cioè *dal giorno della morte naturale della persona a cui si succede*, secondo l' altro articolo 718. Io non posso contare questa data, ora *dalla domanda giudiziale; ora dal volontario rilascio dei beni; ora dall' atto di possesso*, come vuole l' illustre autore; per me non vi ha che un termine di partenza: quello *dell' apertura della successione*. Non ammetto ciò che non è nella legge. Non posso aumentare gl' imbarazzi di una disposizione per se stessa intralciata e cattiva, introducendo una nuova varietà fra tante insidie pericoli e incertezze dei creditori. Manco male quanto *alla morte* di una persona: è un punto fisso. Da quel momento *jus quaesitum est*, benchè non ancora realizzato, benchè a realizzarlo alcune pratiche si trovino necessarie. Non accade forse lo stesso delle donazioni? Non abbiamo noi detto colla buona dottrina del signor Chiesi che la dizione — *aver effetto* — va intesa *quoad acquisitionem juris*, e deve riportarsi all' atto in cui la donazione acquista la sua efficacia giuridica? (*a*).

5. Troplong (*b*) propone il caso di una donna che si è costituiti in dote tutti i suoi beni presenti e futuri. Possiede nel momento del matrimonio la somma di 50 mila franchi che ha ricevuta per divisione dal fratello. Lesa ne' suoi diritti, costringe il fratello a pagarle altri 40 mila franchi a supplimento di dote. È opinione di quel maestro che *la ipoteca per quest' ultima somma non comincerà ad aver effetto che dal giorno in cui il marito l'avrà realmente percetta*. Per essere coerenti alla dottrina professata dallo stesso Troplong (N. 2. sopra) non bisogna dir così. *Bisogna stabilire il punto in cui nasce il diritto*. La convenzione o la regiudicata. Havvi anche in ciò il vantaggio che il povero creditore

---

(*a*) Ritengo che la parola *successione* dell' art. 2135. — N. 2. abbracci sì le successioni testate che intestate, contro il sentire di Marcadè.

(*b*) N. 587.

Digitized by Google

(che mi sembra perduto di vista in codeste vaghe risoluzioni dei nostri autori) ha pure un dato di manifestazione; ha qualcosa di estrinseco che lo conduce. Come farai a sapere quando egli stenderà proprio la mano per mettersi la somma in tasca? Teorie strane ed avventate! (*a*).

(*a*) In questo con me il Chiesi il quale desume il tempo ipotecario *dall' acquisto* — Art. 808.

Digitized by Google

CAPO IV.

CONTINUAZIONE DELL' ARGOMENTO

§. CCXL. — *Se nel contratto matrimoniale è stabilita la somma dotale, la data dell' ipoteca tacita decorre dal giorno del matrimonio, ancorchè la numerazione non segua che in tempo posteriore.*

§. CCXLI. — *Prove della numerazione; autenticità delle quietanze dotali.*

§. CCXLII. — *Se annullato il matrimonio, cada in nulla anche la ipoteca dotale.*

§. CCXLIII. — *Data ipotecaria pei diritti parafernali.*

§. CCXLIV. — *Continuazione dell' argomento, e conclusione.*

§. CCXLV. — *Data della ipoteca d' indennità, quanto ai beni stradotali della moglie.*

§. CCXLVI. — *Se la ipoteca d' indennità sia da contarsi sotto la stessa data, trattandosi di beni DOTALI, o debba riferirsi* al contrat de mariage. *Insigne errore del Troplong.*

§. CCXLVII. — *Alienato dal marito il fondo dotale, la moglie che non può rivendicarlo, che sciolto il matrimonio o dopo la separazione, si fa collocare ad cautelam sul prezzo dei beni di lui venuti in concorso; senza pregiudizio de' suoi diritti di proprietà.*

§. CCXLVIII. — *La data però della ipoteca esercibile dalla moglie nel concorso è quella della vendita.*

§. CCXL.

Se nel contratto matrimoniale è stabilita la somma dotale, la data della ipoteca tacita decorre dal giorno del matrimonio, ancorchè la numerazione segua in tempo posteriore.

1. La legge 1.ª *D. qui potior in pign.* sembra togliere ogni dubbio. I nostri ci danno per ragione, che l' ipoteca sempre risale

Digitized by Google

al tempo della promessa e della obbligazione, *quando non è in podestà del debitore* rifiutar la somma, laddove si ha da tenere il contrario, cioè il tempo del pagamento, qualora sia nel debitore la detta facoltà (*a*). Una specie di solidarietà, tutta propria della istituzione matrimoniale, riunisce interessi, in apparenza opposti, sostanzialmente confusi in un fine; quello del marito e della moglie, di dare leale e perfetto adempimento alle convenzioni e ai reciproci obblighi loro nel sacro interesse dei figliuoli e della famiglia. Onde a me parve sempre bellissima, e quasi sublime, la idea di Papiniano (*b*). Può generalizzarsi la teoria? Applicarsi ai debiti comuni, come molti vogliono (*c*), o è particolare alla obbligazione dotale? (*d*). Rispondo, che una ragione più forte e d'ordine più elevato stringe la conclusione nel fatto dei coniugi, ma che a stabilire la teoria, basta che l'adempimento *non sia riposto nella volontà del debitore*, ma parta *da causa necessaria*, ossia dalla obbligazione (*e*).

Del tutto conforme è la dottrina del Codice per la chiarezza dell'art. 2135. N. 2. (*f*).

Eppure *i capitali dotali* che provengono da donazioni o eredità, durante il matrimonio, non danno ipoteca che *dall' apertura delle successioni, o dal giorno in cui le donazioni hanno effetto!*

(*a*) Azone, la glossa, Bartolo e Baldo toglievano esattamente questo principio dal testo di Papiniano — L. 1. detta.

(*b*) §. CXII. N. 2.

(*c*) Azon. Bart. Fulgosio Cons. 216.

(*d*) Secondo Cino in L. cum tibi C. qui potior in pign., e di Baldo not. in 8 par.

(*e*) Osserva il Negusanzio — M. IV. P. 2. N. 79. che all'effetto che la ipoteca rimonti al tempo della promissione della dote, è d'uopo questa sia stata costituita all'atto del matrimonio, o dopo (locchè non ammette la giurisprudenza francese); giacchè dote non è propriamente prima del matrimonio. L. fin. C. de donat. ante nupt. Onde se nell'intervallo fra la costituzione della dote e il matrimonio, il marito avesse contratti debiti ipotecarî, la moglie non avrebbe preferenza. Risponde a quella massima che abbiamo esposta nei §§. CCXXXIX. e CCXLI.

(*f*) Grenier N. 233. — Troplong. N. 564. bis.

Digitized by Google

(§. CCXXXIX.). La ragione del divario non è delle più facili. Noi abbiamo di comune *la obbligazione della moglie, e la realizzazione successiva*. Or come avviene, che ad assicurazione della dote quantitativa, *promessa e non numerata*, la moglie ottiene immediatamente un diritto d'ipoteca (*a*), laddove obbligando i futuri acquisti, non ha cauzione ipotecaria che dal momento in cui si consegue l'effetto? Su questo proposito può osservarsi, che amendue le obbligazioni sono *certe* poichè la donna è tenuta sì a numerare la somma promessa, come a versare al marito i capitali che in seguito le potranno esser donati, che perciò si chiamano *dotali*. Ma non amendue le obbligazioni sono *pure*. La seconda invece è *condizionale*. *Se* verrà il caso e la fortuna che delle donazioni o delle eredità mi piovano dal cielo, dice la donna, quei proventi aumenteranno le mie ragioni dotali, e il godimento del marito. Onde il codice decide che, nell'incertezza dell'evento, il marito non abbia a tener vincolati i proprî beni con una ipoteca che d'altra parte sarebbe impossibile a determinarsi nella quantità.

2. Nondimeno potrebbe dirsi che la spiegazione non è del tutto soddisfacente. Anche in tema di dote promessa e non numerata sembra affacciarsi una *condizione*. Il marito non sarà mai debitore, se non siegua in effetto la numerazione. Eppure egli è sotto il peso di una ipoteca che durerà quanto il matrimonio, e che imbarazza i suoi affari! Malgrado questa considerazione, la differenza è palese. La donna, o chi per lei costituisce la dote, si obbliga a prestare un fatto a cui può essere costretta, senza che sia d'uopo la verificazione di un altro avvenimento che determini l'attualità del diritto. E in ciò consiste la condizione (casuale). L'adempimento di un obbligo certo che uno si è assunto, non può chiamarsi condizione a rigor di parola. È troppo chiaro che nel primo caso il diritto è nato colla convenzione (*b*).

(*a*) Intendo sempre *dal giorno del matrimonio*, secondo il mio sistema §. CCXXXIII.

(*b*) Tutto ciò è nello spirito del sistema del codice, contro il quale la critica ha le sue giuste osservazioni. §. CCXXXIX.

Digitized by Google

3. La dottrina del diritto condizionale della moglie, le cui conseguenze ipotecarie abbiamo esaminate nel N. 1. e 2. ci richiama all'art. 2125. dove dice — *Quelli che hanno sull'immobile un diritto sospeso da una condizione . . . . non possono stipulare una ipoteca che sottoposta alla stessa condizione.* Nell'uno e nell'altro caso la ipoteca non acquista virtù efficace che dal verificarsi della condizione. Contuttociò essendo la posizione come a dir rovesciata, e arrivandosi alla stessa conclusione per la scala di principî opposti, gioverà formulare una teoria. Questa seconda specie riguarda la *materia passiva;* la prima il diritto, ossia *l'attività ipotecaria.* La ipoteca è per se stessa un diritto astratto, poichè può esistere potenzialmente senza che ci siano beni onde quel diritto acquisti realtà. Difatti, quando il diritto del debitore all'immobile dipende da una condizione, che può anche non avverarsi, è il caso appunto *che il bene non esiste* (*a*). Dicendo che non si può stipulare una ipoteca che *sotto la stessa condizione,* la legge ha detto che non può stipularsi un assurdo e un impossibile giuridico. E per verità qual valore avrebbe una ipoteca (speciale) che sarebbe meramente fondata sulla speranza? Onde si spiega come la ipoteca non acquisti vigore che dal momento in cui, purificata la condizione, il dominio entri nel patrimonio del debitore. Tale inabilità del diritto ipotecario di attaccarsi a beni il cui dominio *è sospeso da condizione,* si applica nel senso opposto, e nei riguardi della sua attività allo stesso diritto ipotecario pure sospeso da condizione, nelle viste e negl'intendimenti speciali dell'art. 2135. N. 2. L'una di codeste teoriche è generale, e tiene ai principî fondamentali della scienza; l'altra potrebbe chiamarsi *un jus singulare,* scritta nel calcolo prudenziale di un legislatore intento a regolare l'economia dei diritti matrimoniali. A quella tutte le legislazioni fanno omaggio: questo è vario nella varietà dei sistemi.

(*a*) È una speranza.

Digitized by Google

§. CCXLI.

Prove della numerazione; autenticità delle quietanze dotali.

1. Nelle quistioni di graduatoria, in conflitto fra terzi, sentiamo spesso il bisogno di conoscere, se la numerazione della dote sia realmente avvenuta, durante il matrimonio. Senza ciò, indarno la moglie avrebbe la ipoteca: non avrebbe il credito: non potrebbe venir considerata fra coloro che si partono il prezzo. In quella intimità dei coniugi, nella comunanza degl' interessi, nasce una diffidenza, un sospetto di frodi, che ci fa investigare con una certa severità la verità del fatto. La sola *confessione* del marito, si tenne da rigorosi teorici, insufficiente (*a*), ma si accettarono facilmente indizi di probabilità e di verisimiglianza, per non metter a troppo rischio la buona fede domestica; furono potenti a persuadere, ora la fede di un testimonio unico, aggiunta alla confessione de recepto; ora il vedersi che altra quietanza di pagamenti parziali è chiaramente dimostrata; se sono stati indicati i mezzi pecuniari che valsero il pagamento, allorchè l' asserzione è giustificata; se lieve è la somma; se la confessione è ripetuta; e somiglianti congetture, alcune delle quali di sì picciol conto! (*b*). Ma gran fondamento di credibilità, in ordine alla numerazione, è stabilito nella primitiva regolare e ineccezionabile costituzione della dote. Una legge assai provvida di Giustiniano (*c*), pose in salvo dalla odiosa eccezione le dichiarazioni deposte dal marito nell' istrumento dotale. Partendo da questo dato fondamentale si onestano i fatti successivi; e la numerazione posteriore si lascia presumere 1.° perchè sarebbe troppo

---

(*a*) Cravet Cons. 40. N. 4. Anton. Fab. Lib. V. ad Cod. Tit. 10. Definit. 1.

(*b*) Gratian. Dec. March. 13. N. 23. Hodierna ad dec. 55. Surd. Covarruv. var. Lib. 1. Cap. 7. N. 6. Mantic. de tacit. et ambigui., Lib. 11. Tit. 20. Cravet. Cons. 40. e 158. Menoch. de arbitr. jud. cas. 145.

(*c*) In contractibus §. sed quoniam C. de non numerat. pecun.

Digitized by Google

maligno il vedere una confessione in frode, anzichè un giusto atto liberatorio a favore della moglie, o di qual altro costituì la dote, posto che la obbligazione è certa, e la causa dell'assolvere deriva dal soddisfacimento di quella; 2.° perchè invece è da tenersi che il marito, in possesso del diritto dotale e della moglie, curvo sotto il peso della famiglia, cessate le illusioni, venuto il tempo della realtà, abbia seriamente voluto toccare la conseguenza di una obbligazione legittima, inevitabile; già stipulata nella intenzione del suo eseguimento (*a*).

2. Il valore della teoria si manifesta in faccia ai terzi, ai creditori del marito; i quali quantunque anteriori alla confessione, date le premesse circostanze, non potranno oppugnarla (*b*).

3. Che se gli argomenti della frode appaiono preponderanti e di maggior potenza, avrà il suo trionfo la verità sulle presunzioni, eziandio legittime (*c*). Non verremo alla specie, trattandosi di quistioni di fatto, che solo il criterio del giudice decide, e sfuggono alla teoria. Puoi vedere il Bossio de dote C. X. N. 159. e segg.

4. Ho accennate queste dottrine tratte dalle fonti del diritto comune, sendochè anche i francesi, lasciate le forme, sono nel conoscere se la dichiarazione del marito abbia i caratteri della verità. L'autenticità delle quietanze, che esigevasi da due antiche ordinanze (del 1529, e 1696.) non fu ritenuta obbligatoria dalla posteriore giurisprudenza che specialmente si attiene a decisioni giudiziarie (*d*).

(*a*) Sulla legge *in contractibus* scrissero Cino, Fulgosio, Saliceto ecc. Da costoro e da Baldo Novello de dote Par. X. sino a Barbosa al Fabri Lib. 5. Cod. Tit. 10. defin. 39. a Fachineo, al Teologo Molina ed altri, la dottrina è comune e volgarissima; i pochi opponenti si contano, l'Aretino e il Costa con fiacche eccezioni.

(*b*) La generale dei dottori, ed oltre i suddetti Genua de verb. enunc. L. 2. Qu. 32. Salgad. labyr. L. 3. C. 13. N. 21. Mascard. concl. 567. ecc.

(*c*) Fontanella de pact. nupt. claus. 14. gloss. un. Par. 1. N. 45. Surd. decis 116.

(*d*) Grenier N. 234. Troplong. N. 573.

Digitized by Google

§. CCXLII.

Se annullato il matrimonio, cada in nulla anche la ipoteca dotale.

1. Accetto la seguente teoria, che discende dal disposto degli articoli 201. e 202. del codice (*a*). Uno dei più importanti effetti civili del matrimonio *è la ipoteca* della moglie, che custodisce il patrimonio suo e de' figliuoli. Se costei è in *buona fede*, salverà dunque la sua ipoteca, in confronto dei terzi. Tanto più che di ugual buona fede non potrebbero costoro vantarsi. Perciocchè, secondo il sistema francese, quando prestarono al marito, conoscevano, o dovevano conoscere, la preesistenza della ipoteca legale.

Ma se la donna era in dolo, tramanderà il suo peccato ai figli innocenti, quasi peccato d'origine. Costoro non sarebbero ammessi a valersi della ipoteca di lei se non in qualità di eredi, e come tali sariano tenuti a rispondere della iniquità dell'autore (*b*).

2. Non sarà diversa la conseguenza se amendue i coniugi saranno in mala fede.

3. Giudicarla in fatto questa mala fede, non sarà sempre agevol cosa. Ci sono avvenimenti sì gravi che per se definiscono la quistione. Un mascalzone che ha già moglie e lontana, che ci fa grazia di venire a questi lidi per ingannare una fanciulla; o un' adultera sfacciata che fugge dal talamo e si finge colomba, sono in una mala fede da gogna e da galera. Ma, supponiamo impedimenti d'altro genere; parentele, affinità non bene dichiarate;

(*a*) « Il matrimonio che è stato dichiarato nullo, produce ciò non ostante gli effetti civili, tanto riguardo ai coniugi, quanto relativamente ai figli, quando sia stato contratto in buona fede. Art. 201.

« Se non vi è buona fede che per parte di uno dei coniugi, il matrimonio non produce gli effetti civili *se non in favore del medesimo coniuge, e dei figli nati dal matrimonio*. Art. 202. »

(*b*) Duranton N. 291.

Digitized by Google

l'ancor dubbia esistenza del primo coniuge fra opposte congetture, la presunzione starà sempre per escluder la colpa, e preservare i figliuoli dalla miseria e dall'onta (*a*).

§. CCXLIII.

Data ipotecaria pei diritti parafernali.

1. Il codice francese non risponde al quesito; la esistenza della ipoteca legale per titoli stradotali è una deduzione severamente giusta e vera, tolta dalle chiare ragioni di quel diritto (*b*), ma non è nella lettera della legge. Abbiam visto (*c*) che Grenier tiene necessaria per siffatta ipoteca la formalità della iscrizione. Pensando quell'illustre, che questa specie d'ipoteca legale non cominci ad acquistar vigore che *dal giorno in cui il marito ha ricevuto le somme e i capitali* (*d*), secondo lui, la iscrizione non può esser presa che dopo l'avveramento di alcuno di questi fatti. Ne segue che tante iscrizioni si dovranno pigliare quante sono le manate di scudi, che il marito va prendendo in diversi tempi nel corso della amministrazione muliebre. E converrà bene aprir gli occhi onde sorprenderlo qual volta esige denari della moglie, per potere a dirittura attaccargli ai ciondoli una ipoteca; e se le riscossioni saranno molte e frequenti, avremo iscrizioni a josa, che sarà un bel vedere!

Io non intendo come uomini così insigni si lascino spesso sfuggire le conseguenze delle loro teorie onde si dimostrano assurde.

(*a*) Se le nozze non sono seguite, non competendo alla fidanzata che il titolo di sposa L. 1. 2. 3. D. de sponsal. non hanno luogo le dette quistioni. Se la dote fu anticipata, si restituisce; giusta il diritto romano la sposa ha un privilegio personale per la restituzione. L. 2. §. si sponsa D. de privil. credit. Zanch. de praelat. cred. Exerc. 2. §. 2. N. 64. ecc.

(*b*) §§. CCXXXVI. e CCXXXVII.

(*c*) Nei suddetti §§.

(*d*) N. 232.

Digitized by Google

2. Il Grenier si piacque della iscrizione, per la quale si crea una terza specie d'ipoteca legale: opinione gagliardemente rejetta dal Troplong (*a*). Ma anche questo autore si avviluppa nel datare quella ipoteca, ponendo in teorema certo ed esclusivo, che la ipoteca muove sempre *dal giorno della riscossione*. Ricorre alla L. 11. Cod. de pactis conv. che contiene *una decisione formale* a questo proposito.

Molto leggermente pel suo subbietto, il Troplong ha citato la L. 11. Dove parla d'ipoteca a carico del marito *(ex eo quod pecunias ille exegit)*, non è dubbio alcuno che quel testo non accenni a una ipoteca nata dal fatto della *riscossione*. Tuttavolta è da osservare che poco innanzi quel testo discorre d'ipoteca convenzionale già costituita — *(nominatim de his)* — e di questa vuole che la donna sia contenta (*b*). E parmi discenderne aperto, che quella cautela sia da considerarsi *sotto il giorno della sua costituzione;* e da quel giorno, e non dalla esigenza dei crediti, la ipoteca abbia efficacia (*c*). Bisogna riconoscere con Bartolo (*d*) *un jus singulare* in questa legge di Giustiniano colla quale, astraendo da speciale e costituita ipoteca, ne fa sorger una dal fatto, cioè dalla riscossione; ipoteca che acquista virtù dal momento in cui il fatto stesso si è verificato a differenza della convenzionale espressa. Reca maraviglia che, per sostenere la sua teoria, il grande scrittore non abbia altro appoggio che una legge del diritto romano, citata per isbieco; quando egli aveva giustamente fondata la dottrina della ipoteca dei parafernali sulle leggi del codice suo (*e*). Sia pure, com'egli afferma, che la legge *si mulier* non attribuisca ipoteca che dopo *l'esazione dei crediti*, ma è dessa in armonia colla legislazione da lui stupendamente illustrata?

(*a*) Ved. i suddetti §§. CCXXXVI. CCXXXVII.

(*b*) . . . . his esse mulierem ad cautelam suam contentam.

(*c*) Ne ammonisce l'avversativo — *sin autem* — che mostra come *in altro modo* debba intendersi l'anterior membro del discorso.

(*d*) Ad L. si mulier Com. in fin. C. de pact. convent. dopo Cino alla L. 2. de jur. emph.

(*e*) V. §§. CCXXXVI. CCXXXVII.

Digitized by Google

3. In vero la quistione è difficile, poichè dopo aver la legge (art. 2121.) stabilito — *che la ipoteca legale è attribuita ai diritti e crediti delle donne maritate sopra i beni dei loro mariti*, — comprendendo evidentemente i parafernali (*a*), non se ne occupa punto nel calcolo delle date istituito nell'art. 2135. Siamo dunque costretti di camminare sul lubrico terreno delle analogie, ma donde le trarremo, se non dallo spirito del codice? Ebbene; non troveremo già nel codice un ordine d'ipoteche legali derivante da fatti sparsi, separati, e successivi, che potendosi all'infinito moltiplicare, partoriscano altrettante ipoteche con date diverse, e quindi dalle ipoteche dei terzi intralciate, e quasi spezzate, formanti una serie che guai ai giudici delle graduatorie! Per certo non è questo il primo caso d'ipoteche cautatorie, che colpiscano i beni di colui che non ha ancora il debito, ma può incontrarlo, operando; che ha una obbligazione ma generica di bene operare e non recar danno ed offesa ai diritti de' suoi amministrati; dalla quale obbligazione nasce, quasi anticipato, il diritto d'ipoteca nell'altra parte. Aspettiamo forse che il tutore abbia il debito; veniamo acquistando le ipoteche col formarsi dei debiti, o all'incontro la *responsabilità dell'amministrazione tutoria* non comincia essa *dal giorno in cui ha accettata la tutela?* (art. 2135. N. 1.). Se vogliam seguire la luce dell'analogia e la direzione di una ragione identica, perchè non prender le mosse da questo punto? Anzi facendoci più avanti, non potremo noi il nostro discorso confortare con quella somiglianza che ci presenta l'art. 2135. N. 2. e 3.? (*b*). *Le convenzioni matrimoniali* possono, dal lato del marito, consistere in obbligazioni da verificarsi in ispecie, e future: per aver riscossi certi denari di ragione dotale, per non aver adempito a certi impegni che si era assunti. La moglie ha la ipoteca, prima che il marito abbia il debito; come

---

(*a*) §§. CCXXXVI. CCXXXVII.

(*b*) Affatto contro quello che Troplong dice N. 232. che vuole invece trovarvi dei riscontri per sostenere — « che la moglie (parlando dei parafernali) gode una ipoteca legale, *ma soltanto dal giorno in cui il marito ha ricevute le somme e i capitali* ».

Digitized by Google

il pupillo verso il tutore. Il N. 3. del 2135. trasporta, è vero, la data ipotecaria *all' apertura delle successioni*, e a quel tempo *in cui le donazioni avranno conseguito il loro effetto* (*a*); ma non frastaglia, non moltiplica le ipoteche; non le fa nascere come i funghi dopo la pioggia, le une dopo le altre secondo che i capitali donati si vanno esigendo! Non si convengono validamente ipoteche d'evizione, e di possibili danni, salvo di realizzarle quando le evizioni si patiscano, e i danni siano avverati? È importanza grande del sistema, già troppo complicato e confuso, di unificare, quanto si possa, i rimedî ipotecarî; come pietre e basi di sicurezza per coloro i cui preziosi diritti sono affidati alle altrui mani; e che sarebbero esposti a pregiudizî immensi se dovessero contare le ipoteche dai fatti delle riscossioni, o per malizia occulti, o per negligenza oscuri, e sempre a verificarsi difficili! Ho un'altra osservazione. L'art. 2121. non parla solo *di crediti* ma altresì *di diritti*. *Crediti* possiamo intendere quei *diritti* a perseguitar i quali abbiamo già acquistata l'azione: ma *diritti*, simpliciter, sono anche quelle facoltà meramente abituali, che ci danno ragione di cautelarci in aspettazione dei futuri avvenimenti.

§. CCXLIV.

Continuazione e conclusione.

1. Il nostro Chiesi ha còlto il segno. Da qual giorno, egli dice, *comincia la responsabilità del marito* amministrator dei beni parafernali della moglie? *Dal giorno dell' accettazione del mandato* (*b*). Nulla di più vero. In questo modo egli rientra nel rango (per dirlo alla francese) di tutti gli altri amministratori. *Quid* se non vi sia formale mandato? E il marito senza obbligazione espressa, e come *un negotiorum gestor*, abbia presò ad amministrare, consenziente la moglie? Dopo molto pensare, ho dovuto convenire col Chiesi anche su questo punto (*c*). Se ci manca la

(*a*) Ved. §. CCXXXIX.
(*b*) N. 813.
(*c*) E col Zacharia citato dal Chiesi.

Digitized by Google

obbligazione espressa di amministrare, il mandato e l'accettazione e la responsabilità del gestore sarà ristretta nel cerchio dei fatti da lui operati. La natura dei fatti è individuale; all'incontro chi assume espressamente l'amministrazione è responsabile non solo di quello che fa, ma eziandio che dovrebbe fare; e la formale accettazione del mandato presuppone una serie di operazioni indefinite il cui buono e legittimo effetto è assicurato dalla ipoteca. Porremo adunque questa teoria — che se *havvi formale mandato e accettazione del marito, la ipoteca a garanzia della futura amministrazione comincia dal giorno dell'accettazione del mandato; se l'amministrazione dei parafernali fu dal marito accettata nel contratto nuziale, la cautatoria ipoteca daterà dal giorno del matrimonio;* ma essa non avrà vita che *dal successivo avverarsi dei fatti obbligatori del marito, allorchè la gestione non sia esercitata in forza di titolo scritto e legittimo.*

2. In effetto i due primi teoremi che veniamo formulando, si confondono in uno. È sempre il contratto di mandato che si asside regolatore del tempo. Se *anteriore al matrimonio*, pei principî altrove esposti (§. CCXXXIII.) compreso nel contratto, deve subire la data del matrimonio. Se *posteriore*, essendo facoltativo alla moglie investire di quei poteri il marito, non trovi cagione di alterare la data naturale dell'atto. Solo il fatto, isolato dalla formale obbligazione, rimane vagante, ma se quei legislatori, nella fretta della compilazione, non seppero o non pensarono di migliorare la teoria del diritto romano, non direte che il farlo sia uffizio dello scrittore.

§. CCXLV.

Data della ipoteca d'indennità, quanto ai beni stradotali della moglie.

1. La legge (art. 2135. N. 4.) suppone che il marito col consenso della moglie formi un debito sui beni di lei, o ne faccia alienazione, non rinvestendo il prezzo; e a sicurezza di quei preziosi interessi inventò una ipoteca che doveva spuntare *nel giorno*

Digitized by Google

della obbligazione e della vendita. È già fermo che tale disposizione concerne tanto il reggime della comunione che il dotale (*a*).

La disposizione non è buona. Siamo noi certi che il marito possegga quanto valga la indennità? La ipoteca *tacita* e silenziosa, nascendo da se, colpisce colla sua rete invisibile tutti i beni del marito, ciò è vero: ma a condizione che ne abbia. Perchè non preordinare il deposito o il rinvestimento? I vizi di quel codice non si vanno mica a cercare col lume; essi vi vengono incontro. Troppa autorità nel marito; troppo arbitrio; cattivo rimedio porre allegoricamente le mani sopra i beni di lui senza sapere ciò che stringete!

2. Il discorso non riguarda che gl'immobili. Dei mobili può la donna disporre in qualsivoglia delle due regole. Si presume sempre, che l'alienazione abbia per fine di contentare del prezzo il marito, e che il denaro sia caduto nelle sue mani. Tocca al marito il mostrare che la moglie operò nel proprio e solo interesse, pagò debiti propri, o fece per se il rinvestimento; nel qual caso, egli, il marito, non è risponsabile (*b*). Ma si guardi dal concorrere nel contratto di vendita, sia o no la moglie separata di corpo o beni, e malgrado l'intervento del magistrato. Insiste la presunzione ch'egli abbia tuttavia liquefatto il prezzo in mano sua, finchè provi il contrario; e così rimane garante del rinvestimento, tenendosi ch'egli abbia voluto trar la moglie sotto la toga del giudice, per coprir se stesso dall'obbligo della garanzia (*c*). È una teoriuzza maligna che non mi piace gran fatto. Seguita il Duranton dicendo (N. 34.), che dal *giorno della vendita* comincia la garanzia del marito; *ovvero* da quello nel quale, non intervenuto alla vendita, toccò i denari. Risoluzione che non arrise alla Corte di Tolosa (*d*), *senza motivo reale*, secondo l'autore.

(*a*) Duranton N. 31. 32.

(*b*) Duranton N. 31. 32.

(*c*) . . . . il est presumè avoir engagè sa femme a recourir à l'Autorisation judiciaire pour se soustraire à cette garantie, tout en voulant toucher le prix de la vente . . . . Duranton ib.

(*d*) Decisione 7 Aprile 1829.

Digitized by Google

Ma il *motivo* più che reale era nella legge che non oscilla sulla data della ipoteca, invariabilmente fissata *dalla obbligazione o dalla vendita*. Coll'appropriarsi i denari, il marito ha confermato l'atto d'alienazione; gli è come vi fosse intervenuto; onde non è maraviglia se a quel punto risalga la ipoteca.

§. CCXLVI.

Se la ipoteca d'indennità sia da contarsi sotto la stessa data, trattandosi di beni DOTALI, o debba riferirsi al contrat de mariage. *Insigne errore del Troplong.*

1. Codeste disposizioni, di vero tipo francese, delle quali non è preludio nel testo romano, non furono certamente improvvisate dal codice. Reminiscenze statutarie, che ricevettero, senza molto scrupolo, il battesimo della legislazione nuova. Sappiamo che molti statuti di Francia permettevano al marito, col consenso della moglie, o alla moglie coll'autorità del marito, l'alienazione dei *beni propri di lei*. D'ordinario quegli statuti davano ipoteca alla moglie *pel rinvestimento del prezzo*, eziandiochè il marito non ci avesse posto mano. Sistema che accusava delle consuetudini mal definite; che pareva in qualche modo appartenere alle idee della comunione; ma che si adottava anche nella regola dotale. La moglie aveva un *compenso* sui beni del marito; ma *il compenso o la ipoteca* che fosse, riportavasi *al giorno del matrimonio*, non a quello della vendita. Il codice mutò la data della ipoteca, probabilmente considerando che, se la moglie aveva già convenuto nella vendita, non fosse giusto accordarle il vantaggio di una data più antica. Lodevole pensiero, se non fosse stato anco migliore quello di tener separati gl'interessi, di non mettere in pericolo il prezzo dopo venduti i beni, di non moltiplicare fra marito e moglie le asprezze, le diffidenze, di opposte posizioni economiche (*a*).

(*a*) I più accurati scrittori, come il Grenier — V. N. 261. — confessano la infelicità di quella giurisprudenza, che fra le imperfette tradizioni e le idee reclamate dalla civiltà nuova, ondeggiava incerta: subbietto di opinioni e decisioni contraddittorie.

Digitized by Google

2. Nel diritto romano predomina il concetto del dominio del marito sul fondo dotale. A lui il diritto di rivendicazione (*a*); a lui la pubbliciana nei casi in cui quell'azione è permessa (*b*); a lui il diritto di manomettere il servo dotale (*c*); a danno di lui la moglie commette furto in ciò che riguarda la dote (*d*); pei quali argomenti, e per altri ancora evidentissimi che qui non occorre enumerare (*e*), si dimostra come la legge fosse gelosa di serbare al capo di famiglia un posto d'onore, nel tempo stesso che ne restringeva il potere effettivo; quasi re, legato dalla costituzione. Poichè in mezzo a tutto questo il suo dominio era imperfetto; non poteva alienare il fondo dotale (*f*); vendicarlo dai terzi era della moglie (*g*); a lei ritorna *dominii jure*, se venduta dal marito senza il suo consenso (*h*); e sempre poi quando il matrimonio si scioglie, qualunque sia *l'impegno* senza lei contratto, il titolo e la persona del possessore (*i*). Tutti dicono gl'interpreti che vera e natural signora della dote è la moglie (*k*); che un dominio di natura meramente civile è nel marito; omaggio alla sua situazione, che molti e reali effetti gli attribuisce durante il matrimonio (*l*);

(*a*) L. 11. C. de jur. dot. L. 9. C. de rei vendic.

(*b*) L. 3. §. 1. De de poss. in rem. act.

(*c*) L. 21. D. de manumiss. L. 3. C. de jur. dot.

(*d*) L. 24. D. de act. rer. amot.

(*e*) Hilling. in Donell. Lib. 14. C. 4. L. f. Harprect. Inst. L. 11. T. VIII. N. 12. Hunn. Lib. 2. Var. res. jur. civ. Tr. 4. qu. 14. Voet ad Pand. Lib. 6. T. 1. N. 3. Pinell. ad L. 1. C. de bon. mater. p. 3. N. 12. Cujac. Lib. 10. Observ. C. 32.

(*f*) L. unic. de rei ux. act. §. et cum lex Iulia. Inst. quib. alienat. lic. vel non §. accidit.

(*g*) L. 3. in opposizione alle citate LL. 11. C. de jur. dot. e 9. C. de rei vendic.

(*h*) LL. 29. e 30. C. de jur. dot.

(*i*) L. unic. C. de rei ux. act. Dig. Tit. de solut. matrim. Bossio de dote p. 1018. N. 23.

(*k*) . . . . *et naturaliter* (res) in ejus permanserit dominio. L. 30. C. de jur. dot.

(*l*) Chiesi p. 588. col Voet e il Brunemanno.

Digitized by Google

e lo innalza sopra la classe di semplice usufruttuario a cui altri testi sembravano condannarlo (*a*).

Bisognerebbe aver tempo, e si vedrebbero nelle apparenti contraddizioni del testo romano riposti alti e inavvertiti sensi di preclara sapienza. Materia degna per chi scrivesse un trattato sul diritto di dote. Seguitando diremo cose note; ciò sono non potersi il fondo dotale alienare neppure col consenso della moglie, confortato col giuramento; se ne togli la disposizione del diritto canonico (*b*).

3. Il codice civile, non si circonda di sì ricchi elementi, non procede con rigore di formule, chiarendo all'art. 1554. « che gl'immobili costituiti in dote non possono alienarsi o ipotecarsi durante il matrimonio, nè dal marito nè dalla moglie » salve alcune eccezioni che confermano la regola. Che neppure « la stima trasferisce la proprietà nel marito senza una espressa dichiarazione » art. 1552. Che al postutto *il marito non è che un usufruttuario*. Art. 1562. Per sì chiare regole è indubitato che il fondo dotale *è un bene proprio della moglie*. Onde fa maraviglia che l'insigne Troplong abbia inventata quella teoria, che *nel caso della vendita del fondo dotale* la ipoteca risale, com'egli dice, *al contratto di matrimonio*.

Perchè distinguere dove la legge non distingue; perchè supporre che, quando l'art. 2135. N. 4. parla *dei beni proprî della moglie*, escluda i dotali? *Beni proprî* per eccellenza, se è vero che il marito non ha che l'usufrutto (*c*); *proprietà* tanto inviolabile e sacra quanto l'interesse pubblico si congiunge a mantenerla in istato contro le offese della leggerezza, del prodigalismo, o della incapacità amministrativa. Nè questa ultima considerazione può dirsi fomite e causa di alterare il concetto del legislatore. Anzi proverò che ne discende una più forte ragione per tener fermo il caso nella sede in cui il legislatore l'ha posto.

(*a*) L. 7. §. 12. D. solut. matrim. L. 10. C. de jur. dot.

(*b*) Cap. 28. de jurejur. et Cap. 2. eod. in 6.

(*c*) Quel sottile argomentare che fece Giustiniano nella L. 30. C. de jure dot. gli fece dire . . . . in hujusmodi rebus *quasi propriis*.

Digitized by Google

Non vedete come negli articoli 1555. 1556. 1558. sono determinate le cause e le condizioni per le quali e sotto le quali è alienabile il fondo dotale? Sono gravissime, sono giuste, e sapientemente ponderate. Che più! Il 1558. impone non solamente il concorso dell' *autorizzazione giudiziale*, ma eziandio la formalità *dell' incanto e delle tre pubblicazioni*. Onde il discorso è corto — o l'alienazione è fatta, fuori di quelle cause, in dispregio di quelle solennità, col dispotismo di un marito musulmano, la vendita è nulla; e allora non parliamo d'ipoteca, nè qual data le si debba assegnare. O l'alienazione ha tutti i numeri che si ricercano, che ci viene dicendo il Troplong *di violazione della legge del matrimonio che rende inalienabile il fondo dotale?* (*a*). Per la quale ragione è tratto a conchiudere che *la ipoteca pel rinvestimento del prezzo* deve ascendere *au contrat de mariage*. Non dobbiamo dimenticare che, lasciando anche stare la forma pubblica e solenne del 1558., è sempre richiesto *il consenso della moglie* perchè l'alienazione sia valida (art. 1555. 1556.) il perchè se il marito incontra una obbligazione pel rimpiego non effettuato, non perciò *viola le leggi del contratto matrimoniale* più di quello che violerebbe le leggi della probità naturale di cui ogni conjuge ha debito verso l'altro, alienando i beni stradotali: ugualmente *propri* della moglie. È un errore insomma. Errore è pur quello — *che i suoi beni* (del marito) *erano ipotecati prima assai di effettuare la vendita del fondo dotale:* ma questo è un decider la quistione colla quistione! È un prenderla di fronte coll'art. 2135. che fa nascere la ipoteca *dal giorno della obbligazione o della vendita!*

Errore ancora il sostenere che « se la vendita è stata fatta in virtù di una clausula del contratto matrimoniale, che autorizzava la vendita del fondo dotale, la decisione dev'esser la stessa ». Nego assolutamente. Questa volta ancora *il marito* che vende il fondo dotale *a cui è stato autorizzato dal contratto matrimoniale*, ne viola le leggi? Se sì, come vi pare poter conciliare *autorizzazione*, ossia facoltà di vendere, *e violazione della legge del contratto?* Se no, come applicate la stessa decisione a casi del tutto

(*a*) N. 589. bis.

Digitized by Google

opposti? « La dote, si risponde, è un peso di cui il marito è stato *gravato fin dall' istante del matrimonio* (adesso non si parla più *del giorno del contratto*). Mio Dio! Ciò non dice niente. *La dote è un peso!* Essa è invece un correspettivo, talvolta un premio, *dei pesi matrimoniali!* Di cui il marito *è stato gravato!* Il fondo dotale *non grava* il marito; esso è una proprietà della moglie; ed egli ha, *il gravame* non già, ma l' emolumento dell' usufrutto. Se con queste parole mal pensate vuole significarsi che l' obbligo della conservazione del fondo dotale è inerente allo stesso contratto di matrimonio, moralmente considerato, ne conveniamo; ma se pensi che la obbligazione civile del marito *cominci sin d' allora e produca ipoteca*, come avviene dei diritti, dei crediti, e di tutte le altre ragioni di cui il marito deve colle sue proprie facoltà rispondere alla moglie, tu confondi, ben mio, le nozioni più distinte; non illustri ma togli via la legislazione costituita (*a*).

§. CCXLVII.

Alienato dal marito il fondo dotale, la moglie che non può rivendicarlo, che sciolto il matrimonio, o dopo la separazione, si fa collocare ad cautelam sul prezzo dei beni di lui venuti in concorso; senza pregiudizio de' suoi diritti di proprietà.

1. Restringerò il lungo disputare che ne fanno i francesi; ma della celebre controversia non posso passarmi sendochè verrà a riprodursi nei sistemi ipotecari delle Due Sicilie e di Sardegna.

(*a*) Ho detto più volte che quella specie di prolissità con cui soglio confutare alcune opinioni del commentatore, non sono che un omaggio che io debbo alla sua pericolosa celebrità. Rolland de Villergues N. 427., Persil, Cubain N. 540. e 541. sono pure contrari a Troplong: quest' ultimo ne fa una critica assai bella. Qualche decisione, disapprovata dal Cubain, *ispirata*, com' egli dice, da reminiscenze dell' antica *dottrina francese*, sembra favorire l' avversa opinione. Il Chiesi N. 812. la combatte con molto vigore, e proprio la distrugge.

Digitized by Google

Il Troplong ne porge una discussione magnifica (*a*); può dirsi ch' egli ha recisa la quistione dalle profonde radici.

Si tratta di fondo dotale; e ch' esso sia inalienabile, (*b*) tutti siamo d' accordo. Ebbene, il marito ha rotta la legge, ha alienato il fondo dotale. La moglie non può rivendicarlo fintanto che è unita di beni, o perdura il matrimonio (*c*). Intanto vanno all' asta gl' immobili del marito sui quali ha la ipoteca dell' art. 2135, da qual data, lo vedremo or ora. Concorre nella graduatoria. Può farlo? È la prima quistione che Grenier risolve in senso negativo (*d*). Può farlo *senza pregiudizio del suo diritto di rivendicare il fondo dotale nullamente alienato?* È l' altra quistione di cui si sono occupati Merlin, Troplong, Tessier, Chardon, sentenziando tutti per l' affermativa.

2. La quistione suppone di necessità che la moglie, oltre la proprietà del fondo dotale, *conservi una ipoteca sui beni del marito.* Senza che, come potrebbe aprirsi la via al concorso tra la folla degl' ipotecarî? Suppone adunque due diritti diversi, che sembrano contraddittori, eppur capaci di stare insieme: *la proprietà del fondo dotale, e la ipoteca sui beni del marito.*

È degno d' avvertenza, che il Grenier, propugnatore fierissimo della massima contraria, esclude appunto codesta concorrenza di diritti. Ciò è logico nel suo sistema. Egli è del parere che la L. 30. C. de jure dot., che accordava alla moglie ipoteca sugl' immobili del marito, a danno dei creditori anteriori (*e*), sia stata perfettamente abolita dalla L. unic. C. rei uxor. che afforza e concentra la ragione muliebre nella proprietà, nella inalienabilità del fondo dotale: ponendo la sua disposizione sotto la salvaguardia dell'ordine pubblico (*f*). Secondo Grenier adunque non vi è ipoteca per la moglie che si è costituita una dote immobiliare qualitativa.

(*a*) Dai NN. 612. a 626.

(*b*) Vedi il §. precedente.

(*c*) §§. CCXXII. CCXXIII.

(*d*) N. 260.

(*e*) . . . . hypotecariam omnibus anteriorem possidere . . . .

(*f*) Tanto è ciò vero che neppure poteva vendersi col concorso della moglie. Concorde art. 1554. Cod. Civ.

Digitized by Google

3. Nel mio modo di vedere, questo è il punto più importante, forse il solo importante della quistione. La tradizione di un grand'uomo (*a*) ci ha custodita la idea del legislatore romano, che, generoso di sicurezze e cautele, non esitava di offrire alla moglie e la proprietà del fondo dotale e la ipoteca sul patrimonio del marito (*b*). Pare che la influenza di quel concetto luminoso sia passata nel codice. Colla proprietà del fondo dotale, col diritto di rivendicazione, si trovò compatibile la ipoteca. L'art. 2135. N. 2. accorda in genere la ipoteca legale per ragione *della dote e convenzioni matrimoniali*. È significante l'art. 2195 (*c*). Havvi ancora il diritto d'ipoteca che nasce dal fatto dell'alienazione per la sicurezza di rinvestimento. Art. 2135. N. 4. Sotto quale di queste leggi abbia ad ordinarsi la efficacia temporale della ipoteca, si farà chiaro più avanti. Per ora teniam fermo il fatto giuridico della contemporanea esistenza dei due diritti: proprietà sul fondo dotale, ipoteca sui beni del marito.

4. Dopo ciò le conseguenze sgorgano spontanee. La moglie, creditrice ipotecaria, è invitata al concorso. La sua ipoteca corrisponde a un diritto che si realizza e si consuma sul prezzo. Perchè abbia *un jus in re propria*, esercibile in tempo futuro onde vendicarla da ingiusti occupatori, non è ragione per privarla dei vantaggi di una generale e sussidiaria garanzia. Essa sarà collocata nel grado che le appartiene; ma la sua collocazione sarà cautatoria; i creditori posteriori potranno conseguire le somme

---

(*a*) Cujac. ad Cod. de jur. dot. Rec. solemn.

(*b*) Lo stesso Ginstiniano, un anno dopo aver emanata la costituzione inserta nel Cod. L. 30. C. de jur. dot. scrive a penna disciolta l'altra — *Rem in praesenti-ut* (notiamo queste parole) *plenius* dotibus subveniatur: e così mostra ch'egli ha bensì voluto aggiungere, non toglier favori, se già ne avea concessi, alla condizione della donna. Ond'è forza convenire che la legge 30., non incompatibile colla L. unic. C. de rei ux. act. non è stata derogata.

(*c*) Nel corso del giudizio di purgazione, e nei termini assegnati le mogli possono iscrivere la loro ipoteca a causa *delle doti, ricupere e convenzioni matrimoniali ecc.*

Digitized by Google

corrispondenti, prestando cauzione. Questa è la massima di tutti i giureconsulti francesi che ho nominati, e che, a mio avviso, è indeclinabile. Altrimenti la ipoteca sarebbe inutile. Essa all'incontro tende a riparare i danni e le perdite che la moglie potrà patire dalla illegittima alienazione. Quando verrà il giorno della rivendicazione, potrebbe trovar le fabbriche demolite, ruinate le terre: il suo compenso è assicurato nel prezzo che si custodisce a favor suo.

5. Pare che la quistione non sia stata ben posta dal Grenier. Egli pensa che il concorso della moglie sul prezzo, equivalga ad una rinuncia delle sue ragioni fondiarie; e la combatte e la dimostra assurda e funesta nell'interesse di lei. Ha ragione: ma si racqueti: essa non cangia la proprietà stabile in quella fuggevol merce che è il denaro, ma si procaccia prudentemente una garanzia di più. Del resto gl'inconvenienti da lui temuti rispetto alla buona fede dei terzi sono immaginari, come vengo a dimostrare nel §. seguente.

§. CCXLVIII.

La data però della ipoteca esercibile dalla moglie nel concorso è quella della vendita.

Qui mi diparto dal Troplong e seguaci, e torno alla dottrina spiegata nel §. CCXXXIII. L'ipoteca della *dote e convenzioni matrimoniali* non è quella che alla donna compete in questo caso. Il codice ha bensì conservato il duplice concetto della proprietà, e della ipoteca che piacque al legislatore romano (§. preced.), ma a quest'ultima segnò una linea ben diversa: meno prodigo di favori e più giusto. Quella ipoteca, come tante volte si è detto, concerne le obbligazioni immediate che il marito assume col matrimonio: si è scritta apposta una legge che concerne le *alienazioni*. Perchè non sarebbe alienazione *di beni proprî* (della moglie) quella del fondo dotale? (*a*). Come dunque la dote ipotecaria

(*a*) Ved. sopra §. CCXLVI.

Digitized by Google

non dovrebbe rassegnarsi alla disposizione di quell'articolo? (2135. N. 4.).

Ne segue che la condizione dei creditori è meno infelice di quella che parve al Grenier. Essi non hanno a temere il predominio di una ipoteca antica, sagliente all'epoca del matrimonio; di una ipoteca che non esisteva, e di una ipoteca che non formò ostacolo ai loro acquisti. Ma dovevano saper leggere nell'articolo vicino; osservare che a favore della donna poteva nascere per via una ipoteca legale, in faccia all'alienazione che il marito avesse fatta del bene dotale. L'inconveniente c'è, ma nel sistema: non bisogna figurarne un diverso e peggiore.

Digitized by Google

CAPO V.

LEGISLAZIONE PONTIFICIA

ESAME DELLA IPOTECA LEGALE DELLE MOGLI IN ORDINE ALLA COSTITUZIONE DELLA DOTE

§. CCXLIX. — *Dell' editto* 25 *Ottobre* 1808 *rapporto alle ipoteche legali di titolo anteriore.*

§. CCL. — *Della naturale retroattività delle leggi ipotecarie.*

§. CCLI. — *Dell' ordine* 4 *Luglio* 1809 *per gli Stati Romani rispetto ai titoli anteriori.*

§. CCLII. — *Se le donne maritate, per gli editti* 25 *Ottobre* 1808 *e* 4 *Luglio* 1809, *conservassero tutti i privilegi del Codice giustinianeo, compreso quello della L. assiduis C. si pot. in pign. Si risponde negativamente.*

§. CCLIII. — *Continuazione dell' esame; e conferma della massima stabilita.*

§. CCLIV. — *Abolizione delle ipoteche tacite legali.*

§. CCLV. — *Le ipoteche tacite e legali sono conservate in confronto dei semplici chirografari.*

§. CCLVI. — *Come debba intendersi il pronunciato del §. precedente.*

§. CCLVII. — *Estensione della ipoteca muliebre sui beni del marito. La convenzione limita la generalità della ipoteca dotale.*

§. CCLVIII. — *Data della ipoteca dotale della moglie.*

§. CCLIX. — *Obbligo d' iscrivere che ha il marito, e pena a cui soggiace.*

§. CCLX. — *Quanto si comprenda nella formula usata dalla legge (dote assegnata ed esecuzione dei patti dotali).*

§. CCLXI. — *Iscrizione della dote genericamente promessa senza determinazione di quantità.*

§. CCLXII. — *Se una donna ricca di beni di fortuna, che sposa un uomo senza promessa di dote, possa essere costretta dal marito a prestarla.*

Digitized by Google

§. CCLXIII. — *Dei caratteri della dote quantitativa che dà luogo alla iscrizione sui beni del marito; e delle regole principali per distinguerla dalla qualitativa.*

§. CCLXIV. — *Continuazione dell' argomento.*

§. CCLXV. — *Continuazione dell' argomento.*

§. CCLXVI. — *Promessa la dote in certa quantità pecuniaria, se poscia a soddisfacimento di essa dote, venga consegnata al marito alcuna realità (ordinariamente immobile) è regola che il bene consegnato passi in proprietà del marito, restando sempre la moglie creditrice della quantità.*

E delle quistioni che nascono intorno gli effetti di tal convenzione a stima incerta, o non certificata.

§. CCLXVII. — *Obbligo che ha il marito di curare la riscossione e l' investimento della dote.*

§. CCLXVIII. — *Se la moglie abbia diritto d' ipoteca generale sui beni del marito, malgrado la sua dote consista nel fondo inestimato.*

§. CCLXIX. — *Il marito può iscrivere ipoteca sull' usufrutto del fondo dotale, duratura sino allo scioglimento dello stato matrimoniale, o alla restituzione della dote, constante matrimonio, nei casi permessi dalla legge.*

§. CCLXX. — *Quali documenti siano necessarî ad iscrivere la ipoteca legale della dote; e se questa sia efficace contro il marito pel solo fatto del matrimonio, indipendentemente da qualunque promessa anche verbale.*

§. CCLXXI. — *Quando esiste il documento scritto, la ipoteca legale s' iscrive regolarmente benchè il documento non sia redatto in forma pubblica.*

§. CCXLIX.

Dell' editto 25 *Ottobre* 1808 *rapporto alle ipoteche legali di titolo anteriore.*

Nel 1 Aprile 1806 il Codice Napoleone venne attuato in tutto il regno d' Italia. Solo alcune provincie dello Stato Pontificio vi

Digitized by Google

si comprendevano allora (*a*); un po' più tardi (nel 1808.) vi entrarono le Marche d'Ancona, di Macerata e Camerino, e il ducato d'Urbino (*b*). Il Codice Napoleone cominciò a regnarvi nel 1 Giugno di quell'anno. Ancora un passo, e l'ebro conquistatore rapiva nel suo dominio Roma e le circostanti provincie (1809.) (*c*). Il decreto 25 Ottobre 1808 non ebbe efficacia che per gli stati costituenti il Regno d'Italia. Riguarda le iscrizioni dei titoli ipotecarî anteriori a cui il Codice non aveva provveduto. Tutti conoscono la grande importanza di questo decreto di cui nel foro si discorre ogni giorno. Noi vogliamo qui osservarlo nel solo aspetto della ipoteca legale. « Indipendentemente da qualunque iscri-
» zione (dice nell'art. 12.) avranno effetto e conserveranno la
» loro poziorità i privilegi ed ipoteche che sotto la detta epoca
» dell'attivazione del Codice Napoleone fossero a tenore delle leg-
» gi e consuetudini in allora veglianti competute . . . . » *a vantaggio delle mogli per ragione delle loro doti, e convenzioni matrimoniali sopra gl'immobili dei loro mariti.* Si richiamano gli articoli 2136. 2138. per l'obbligo che hanno i mariti di pubblicare la ipoteca sui beni proprî. Il Codice, come soglion le buone leggi, non vuole avere virtù retroattiva. Così le ipoteche legali, che sono in parte creazione del moderno sistema, prima dell'attivazione del Codice non esistono che nella forma antica.

§. CCL.

Della naturale retroattività delle leggi ipotecarie.

Noi veggiamo chiaramente che il favore della ipoteca tacita non poteva giovare che alle donne che si trovavano in possesso

---

(*a*) Bologna, Ferrara, e Romagna.

(*b*) Anche il ducato di Benevento e Ponte Corvo fece parte del regno d'Italia.

(*c*) Roma e suoi contorni, *Stati romani*; il Viterbese, Frosinone, Velletri, Tivoli, Rieti, Spoleto, Perugia, Foligno, e Todi appartennero all'Impero. — Ordine 2 Agosto 1809 e 25 Novembre 1810.

Digitized by Google

della qualità di mogli; non ai loro eredi qualora il matrimonio fosse già andato sciolto prima dell'attivazione del Codice (*a*). Ma ci è assai dubbio, se alle maritate di quell'epoca, competessero o tutti i vantaggi che loro concedeva l'antica legge giustinianèa (nei paesi retti col diritto comune), o s'esse acquistassero quelli che vi aggiunse la legge nuova. Il principio della *non retroattività* sembra decidere d'un tratto la quistione; ma la sua applicazione incontra un ostacolo nella natura delle leggi ipotecarie.

Havvi realmente una natura di leggi, che per eseguire l'ufficio suo di pubblico e generale ordinamento, ha d'uopo di un'azione pronta, immediata, uniforme, a costo di ferire dei diritti anteriori. Tali sono le leggi del procedimento giudiziario. Chi, per virtù di contratto, o in altra maniera, acquistò dei diritti ch'egli deve far valere in giudizio, sembra avere acquistato anche quello di esser giudicato colle forme giudiciarie che allora vigevano. Il che è degno di considerazione oltre quello che può parere a primo aspetto. In questo Stato ci correvano, tempo addietro, delle forme così semplici, brevi, e di mite spesa a distribuire il prezzo e graduare i creditori, che un prestatore, pigliando ipoteca, già conosceva il tenue valore che si sarebbe sottratto alla sua garanzìa nella giudiziale contesa. Vennero altre leggi, con qualità decisamente opposte; e i giudizî di graduatoria diventarono ad una volta ruinosi e interminabili. Quel creditore non avrebbe prestato in tale condizione di cose; e in effetto quella certa latitudine di valore ch'esso aveva calcolata come sufficiente a guardare il suo credito, gli fu tolta di mano dalla legge novella. Vera e funesta retroattività, che del non essere ingiusta si scusa col bisogno di uniformità che ritrae da uno statuto d'ordine pubblico che non può attuarsi ad intervalli, nè cozzare con altri metodi, nè rimescolarsi col sistema abolito. Non altrimenti le leggi ipotecarie. Il solo obbligo della iscrizione, rapporto ai creditori anteriori, offende il principio della non retroattività. Codesti creditori avevano acquistato il diritto di vivere senza

---

(*a*) Merlin. Iscriz. ipotec. N. XV. — Soggetto che sarà discusso nel Capo VI. di questo Titolo.

Digitized by Google

sollecitudini e senza pena sulla conservazione delle loro ipoteche le quali, quanto al titolo, duravano perpetue. Una legge da quei buoni vecchi imprevista nasce nel tumulto di una rivoluzione, e turba il loro riposo. Sono costretti ad imparare alla nuova scuola, ed a studiare di non mettere in fallo una parola, di non lasciar trascorrere un'ora, minacciati di perdere quei diritti che dalle leggi del loro tempo parevano assicurati col fatto solo e semplice della convenzione. La quiete dei creditori anteriori al sistema è sagrificata alla tranquillità dei posteriori; è un tributo che il passato porge all'avvenire; all'idolo del Credito che ha bisogno di quelle rivelazioni, e di quella forma.

Tale retroazione è necessaria. E pur necessaria fu quella che prescrisse l'obbligo d'iscrivere in un dató tempo (1809 e 1810. nelle provincie del Regno d'Italia) sotto pena di perder la data del titolo, e di essere giudicato con quella della iscrizione. Era nella natura del sistema premiare i diligenti, gli osservatori della legge; troncare il più presto possibile le disposizioni transitorie; e sottoporre alla medesima disciplina tutte le quistioni di tempo.

§. CCLI.

Dell' ordine 4 *Luglio* 1809 *per gli Stati Romani rispetto ai titoli anteriori.*

La città *libera e imperiale* di Roma e gli Stati romani dovevano subìre il Codice Napoleone dal 1 Agosto (1809.). Il regolamento 4 Luglio 1809 venne così a far parte del codice generale, laddove nelle provincie dette italiane, vi ebbe un intervallo di sospensione fra la pubblicazione del Codice e l'attuazione del sistema ipotecario. Ordinate le iscrizioni per ogni titolo e diritto anteriore, sono eccettuati quelli « che in virtù del Codice Napoleone godono della ipoteca senza iscrizione (art. 4.) ». Rende *facoltativa* la iscrizione, senza che sia necessario di esibire la spedizione del titolo del credito » (*a*). Osservo che quel Decreto non

(*a*) L'organizzazione ipotecaria degli Stati Romani venne stabilita colle Istruzioni 31 Settembre 1809.

Digitized by Google

impone ai mariti l'obbligo della iscrizione, come l'art. 2.° dell'editto 25 Ottobre 1808.

§. CCLII.

Se le donne maritate per gli editti 25 Ottobre 1808. e 4 Luglio 1809. conservassero tutti i privilegî del Codice giustinianèo, compreso quello della L. assiduis C. si pot. in pign. Si risponde negativamente.

1. Motivo di dubitare è quella iscrizione correlativa a cui il Codice Napoleone sottopose il marito (art. 1236.). Se l'ordine della Consulta romana (V. §. preced.) non lo ripeteva, è da osservare che nell'art. 1.° conteneva tutte le disposizioni del Codice di cui era ordinata la piena esecuzione negli Stati di nuova e facile conquista; laddove l'editto del 1808., diviso coll'intervallo di due anni dalla pubblicazione del Codice, sentì il bisogno di ricordar quella legge.

2. L'uno e l'altro editto adunque preservò all'ipoteca legale i privilegî che godeva nella legislazione antica. Così quella specie di retroattività che esercita sempre una disciplina generale che impone regole inusate all'esercizio dei diritti (§. CCL.), parve rispettar questo sopra tutti, serbandolo sciolto da quelle obbligazioni della forma che stese, come una rete, sopra ogni altro credito ipotecario. Ma non bisogna esagerare la idea. Allorch'entriamo in una quistione di retroattività, a conoscere cioè sino a qual punto fossero mantenute alla ipoteca legale le sue vetuste prerogative, ci si affacciano lo spirito della legislazione novella, e disposizioni circostanti assai notevoli, che ci additano dei limiti, forse non mai definiti dagli scrittori.

Imponendo ai mariti l'obbligo d'iscrivere la ipoteca delle mogli sui propri beni (art. 2136 d.); condannandoli, in difetto, a gravi pene (2136. 2138); provocando il sussidio dei parenti (2139), e facendone un dovere al magistrato (2138.), mostrò chiaramente la legge, che se un eccessivo sgomento la tenne dal far dipendere dalla iscrizione la salvezza del patrimonio dotale, risvegliò tutti quei mezzi di cui poteva disporre per compensare il Credito offeso da una eccezione così distruttiva.

Digitized by Google

3. Ma non è ciò che ora deve occuparci; ma sibbene come *i privilegi d' anteriorità venissero a circoscriversi dalla forma stessa di codeste disposizioni correlative.*

La iscrizione imposta al marito, e altri obbligati, era lo specchio dei diritti delle mogli contenuti nella ipoteca tacita: essa aveva la missione di pubblicarli. Noi dobbiam supporre che le persone indicate dalla legge a codesto ufficio supplementare, vi abbiano adempito secondo il debito, portando nella pubblica iscrizione quella precisa formula di diritti che la moglie ebbe stipulati. Senza ciò la responsabilità di costoro non sarebbe cessata, e la iscrizione sarebbe mendace. L' obbligo che il marito, iscrivente sopra se stesso, confessa di aver verso la moglie, non può essere che in perfetta correlazione coi costei diritti; e i terzi li vedono e li contemplano in questo atto solenne.

Tutto ciò per altro non risolve la quistione che mi sono proposta. Imperocchè i titoli dotali annunciati colla loro data, anteriore al Codice, potrebbero eziandio, senza grave sconcio, insegnare al pubblico che per essi si tenevano conservati alle donne i privilegi dell' antica giurisprudenza. Io mi restringo a quello *della poziorità giuridica concessa da Giustiniano alla ipoteca dotale sopra i creditori del marito, anteriori per tempo;* della quale sì spesso ho parlato. Dico che essendosi il sistema ipotecario posto a regolare la legge del tempo, e anzi questo regolamento del tempo sendo la cura e l' ufficio suo supremo, l' antico concetto *della poziorità giuridica sulla poziorità temporale,* svaniva innanzi allo spirito e alla ragione del Codice.

4. È d' uopo rammentare che le iscrizioni dotali si distinguevano pur sempre dalle comuni per ragione di data. *L' iscrizione* era, non la conservazione nè la custodia, ma la manifestazione della ipoteca tacita. In qualunque tempo fosse iscritta sui beni del marito, o degli obbligati alla dotazione, si dovea risalire *al giorno del matrimonio* (*a*). Ciò è chiaro, ripugnando che una formalità

(*a*) §. CCXXXIV. Ciò che noi sostenemmo in quel §. contro il Troplong fu applaudito da più decisioni rotali Rom. Action. hypot. 29 Febb. 1828. coram Marco. Ferrar. pecun. 28 Febb. 1825. coram Pianetti. Ferrar. pecun. 14 Maii 1824. cor. eod.

Digitized by Google

prescritta ad aumento di cautela, finisse col limitare i diritti della donna. Avviso e norma ai terzi, la iscrizione adunque diceva a chi sapeva intenderla, che la data giuridica della ipoteca *per la dote e convenzioni matrimoniali*, non era che quella — il giorno del matrimonio — Quale anacronismo se potesse tenersi che la ipoteca dotale vincesse quelle che a carico del marito *si fossero anteriormente iscritte da terzi*, come piacque a Giustiniano! La ipoteca legale *è indipendente dall' iscrizione* (art. 2135.), non v' ha dubbio; ma non indipendente dalle disposizioni del Codice; che anzi in esso è fondata e con esso si governa e misura. È palese che, ponendo la dotale in cima a tutte le altre ipoteche eziandio anteriori, non sarebbe più vero ch' essa dovesse computarsi *dal giorno del matrimonio*. La legge della pubblicità avrebbe autorizzato il più grave degli errori che si travagliassero nel bujo del sistema antico. Più ancora, se tanta evidenza non bastasse, veniva un tempo in cui la ipoteca legale si doveva iscrivere; nel bimestre cioè da quell' intimo ch' era obbligato a fare il compratore che voleva purgare dalle ipoteche il fondo acquistato (§.2195). La ipoteca della moglie doveva comparire anch' essa colla veste nuziale al convito dei creditori; o non vi era ammessa. Il dì del matrimonio era il suo punto di partenza; il titolo, che ne regolava il tempo, vi era soggetto a ragionevole sindacato. Questo ragguaglio o confronto giuridico era lo scopo della pubblicazione. Chi mai avrebbe immaginato che tutto l' ordine creditorio dovesse abbassare le armi al comparire di quella, come *de jure anteriore* alle più antiche loro iscrizioni!

5. Furono adunque imperfette, e da intendersi con senno, le espressioni dell' art. 12.° dell' editto del 1808. Non è vero che *absolute* le ipoteche legali e i privilegi anteriori *conservassero la poziorità* che aveano goduta sino a quel tempo; ma *solo fin dove lo permettesse la legge fondamentale* che l' editto vice-reale non poteva innovare.

Digitized by Google

§. CCLIII.

Continuazione dell' esame; e conferma della massima stabilita.

1. La giurisprudenza francese ebbe nella legge di brumajo un punto d'appoggio che a noi italiani mancò. La formalità della iscrizione fu imposta anche alle ipoteche legali; e per quel momento tacque ogni quistione di preferenza dedotta da altri mezzi. Non vi fu mai retroattività più decisa di questa. Si aveva a fare con uomini risoluti che volevano il nuovo metodo ad ogni costo. Distruttori delle istituzioni che nacquero prima di loro, poco ad essi importava che le donne maritate sotto l'impero di leggi anteriori avessero già acquistato dei diritti inoffendibili; il mondo era in moto, e il primo dei meriti in questo genere di affari è la diligenza. Tutto era deciso dalla data della iscrizione. Quella obbligazione fu sciolta dal codice; ma quei creditori, che avevano prevalso colle loro iscrizioni, si mantennero nella loro posizione giuridica. Questo intese significare l'art. 2135. *in fine* (*a*). Giustamente fu osservato (*b*), che il codice non creò un nuovo diritto a favore delle femmine maritate e dei minori, dispensandoli dalla iscrizione; ma *solamente ne determinò la conservazione in un modo più favorevole.* Ciò premesso, è manifesto che i francesi trovavano nella legge di brumajo una rivelazione significantissima dello spirito di quella giurisprudenza.

(*a*) « In verun caso la disposizione del presente articolo non potrà pregiudicare alle ragioni acquistate *da terze persone* prima della pubblicazione del presente titolo ». Persil Regime hyp. art. 2135. n. 17. Belleroy de Rinville T. 11. p. 267. Non cessa però che altri significati non possano attribuirsi a quelle clausule del codice. Per esempio le alienazioni fatte a terzi sotto l'impero della legge di brumajo, e sulle quali la moglie non avesse già presa iscrizione, erano irretrattabili, benchè non fosse seguita la trascrizione dell'art. 26 di detta legge — De Rinville — ibi.

(*b*) Journal du Palais — Mars 1813.

Digitized by Google

Lasciamo stare che le tradizioni romane non influivano sempre sulle decisioni dei novelli legislatori; chè più presto si moveano dalla memoria dei loro statuti, e dalla forza delle consuetudini (*a*). Per conseguenza i privilegi accordati da Giustiniano, oltre la misura del debito, alle femmine maritate, non facilmente venivano in considerazione delle nuove leggi, per conservarli a coloro il cui matrimonio era nato sotto legislazione diversa, supponiamo pure *nei paesi di diritto scritto*. Ma posto in sicuro 1.° che la legge di brumale aveva pareggiate le ipoteche legali alle comuni, soggettandole alla iscrizione; 2.° che il codice non aveva distrutta tale legislazione se non in quanto si mostrò più favorevole al modo con cui tali ipoteche potevano *conservarsi*, è chiaro che il codice non volle trascendere il limite che la legge precedente avea determinato alla efficacia ipotecaria dei titoli anteriori (*b*).

2. Ma il decreto vice-reale del 1808. avrebbe cangiata la giurisprudenza del foro con quella sua leggenda posta in capo all'art. 12? Non avendo avuto vigore fra noi la legge di brumale, mancato quel limite, saremo noi entrati a foce aperta nel diritto romano? A ciò che ho detto nel paragrafo precedente per toglier via la opinione che le donne maritate anteriormente al codice potessero pretendere alla esorbitante poziorità giustinianèa, aggiungo, che quella legge transitoria, emanata da un potere subalterno, non era da tanto da mutare i principî fondamentali del sistema; che non poteva essere più retrospettiva di quello fosse il codice stesso; che assurdo sarìa il pensare che legislazioni disformi

---

(*a*) « Entre le droit qu' ils nous ont transmis (i giureconsulti romani) et celui que le code civil renferme, il y a toute la distance *du paganisme au christianisme, du stoicisme a la morale chretienne!!* » Troplong. Preface *De La vente* — Figurate se con codeste gonfiezze francesi si potrebbe sostenere che il codice raccolse il maggior numero delle sue ispirazioni dal diritto romano!

(*b*) Il Troplong, nel supposito che i creditori non avessero iscritto prima della promulgazione del Codice, dice con verità, ma contraddicendo a se stesso, che le donne maritate, prima eziandio di detta promulgazione, prevalevano colla loro ipoteca tacita, *a compter du jour du mariage* N. 629.

Digitized by Google

uscissero dalla stessa mente, s'introducessero negli stessi domini (chè le provincie dette italiane erano infranciosate di leggi e di costumi); che si volesse nel regno d'Italia ciò che non si volle in Francia, ciò che non si ammise dallo stesso legislatore, negli Stati romani, un anno appresso (*a*); che dove tutto era uniformità e nerbo di concentrazione, siffatte discordie e anomalie potessero, non che essere tollerate, ottenere seggio legittimo.

3. Più prudente fu la redazione della Consulta romana. Richiamato nell'art. 1.° il corpo intero delle leggi del codice, diceva nel 2.° « Gli atti e contratti stipulati anteriormente al 1 Agosto prossimo, e che in virtù delle leggi precedenti costituivano rango, ipoteca, o privilegio, conserveranno gli stessi diritti e prerogative, purchè siano stati scritti e registrati nel burò competente — Se quegli *atti e contratti costituivano ipoteca o privilegio* (ancorchè non fossero per avventura a conseguire lo stesso effetto per le leggi del Codice) mantenevano la loro *prerogativa*, di produrre ipoteca, o *privilegio*, se a questa classe eccezionale appartenessero; ma non vi trovi parola che accenni a confondere *il sistema delle date*, e attribuire ai titoli anteriori poziorità strane ed innormali. Onde si conchiude, che *difettosa è la forma dell'art.* 12 *dell'editto del* 1808. *la cui ragione è d'uopo conciliare colla legislazione generale del tempo.*

§. CCLIV.

Abolizione delle ipoteche tacite legali.

Gran beneficio del Legislatore Pontefice fu la condanna delle ipoteche *tacite* che volle scritta nell'art. 26 *del regolamento sul sistema ipotecario* 6 Luglio 1816 (*b*). Precursore in questa importantissima

---

(*a*) Il decreto della Consulta richiamò semplicemente la disposizione del Cod. Nap. senz'altra addizione. §. preced. Ma vedi ciò che vengo dicendo al N. 3.

(*b*) Nel 13 Maggio 1814 fu pubblicato in Roma l'editto di Monsig. Rivarola. Riguardava *i dipartimenti di Roma e del Trasimeno*, chiamate indi

Digitized by Google

riforma, più tardi introdotta negli altri Stati italiani, regolò quella transizione con molta prudenza. Ad eseguire la iscrizione delle ipoteche anteriori al regolamento, assegnò il termine di sei mesi (art. 36.). Iscritte nel termine « desumevano la loro anteriorità dall'epoca del titolo da cui derivavano ». Indi, semplicemente *dalla data della iscrizione*. La notificazione di Monsig. Prefetto degli Archivî 16 Settembre 1816. dichiarò che il semestre utile alle iscrizioni delle ipoteche legali anteriori, doveva decorrere dal 1 Settembre. Il Motu-Proprio di Leone XII. 30 Giugno 1828. nell'art. 10 confermò l'abolizione delle ipoteche tacite di cui non si è più parlato, come di cosa morta.

§. CCLV.

Le ipoteche tacite e legali sono conservate in confronto dei semplici chirografarî.

1. Così dispose l'art. 32 del regolamento del 1816. e il Motu-proprio leonino nel 35 (*a*). Il gregoriano non avendo rinfrescata quella legge varrà come deroga il silenzio? Potrebbe dirsi a favore dell'affermativa, che *una legge di forma* è di natura che non può stare in compagnia colla legge precedente che conteneva disposizioni diverse. Un regolamento generale di procedura, per esempio, presentando una serie di disposizioni relative all'assetto giudiziario, non si reputa aver conservata veruna delle leggi che

---

provincie *di prima ricupera*, perchè prima delle altre tornarono al Sovrano legittimo. Con quell'editto venne abrogato il codice Napoleone, fermo *il sistema ipotecario* allora vigente. Per le tre Legazioni, Marche, Camerino, e Benevento provvide l'editto del Card. Consalvi 5 Luglio 1815 pubblicato a Ravenna il 19 Agosto; a Bologna ed a Forlì il 20., a Ferrara il 21. Ivi pure il sistema ipotecario fu consacrato. Il novello regolamento 6 Luglio 1816 venne attivato al 1 Settembre.

(*a*) « Rimarranno però fermi i diritti derivanti da tali ipoteche tacite e legali, in concorso dei creditori ipotecarî non iscritti, e dei chirografarî non ipotecarî ».

Digitized by Google

componevano il sistema anteriore, eziandio non abrogandole specialmente, purchè l'obblio involontario di qualche forma importante non appaja manifesto, sicchè sia mestieri sopperirvi colla regola transatta. Ed essendochè la legge ipotecaria è legge di forma, tale principio si deve applicare. La ragione si è, che sarebbe assurdo che le forme di varî sistemi concorressero, e, come a dire, cozzassero insieme, producendo confusione e ambiguità grandissima. A cui si risponde, che quantunque la legge ipotecaria sia veramente di forma quanto all'ordinamento rituale per cui si rendono efficaci e si conservano i diritti reali, essa può contenere altresì disposizioni primitive per cui si determini la esistenza giuridica, o la virtù operativa di detti diritti reali, *in quanto sono, non in quanto hanno effetto mercè la dimostrazione esteriore in cui la forma ipotecaria consiste.* Nel qual caso non è a temere l'incongruo urtarsi delle diverse pratiche; ma entra in campo la dottrina comune sulla tacita abrogazione delle leggi anteriori. Di questo genere è il disposto dei citati art. 32. e 35.

2. Io penso che il Motu-proprio gregoriano, senza ripeterne il tenore, ne abbia conservato il disposto. Così si dee tenere, giusta il principio che, quando la legge posteriore è generale e non incompatibile coll'anteriore e speciale, non abbia avuto in animo di derogarvi (*a*).

(*a*) Suarez de legibus Lib. 6. Cap. 27. N. 13. — Rota Decis. 229. N. 15. et seqq. Decis. 238. N. 32. coram Bichio. Sono poi nell'argomento la Romana Graduat. 4 Maii 1835. Rom. nullitat. exequut. 23 Genn. 1846. e Roman. attentator. 19 Febb. 1846. Il Cannetti N. 136. 139. le cui opinioni sono assai pregevoli per ordinaria aggiustatezza, ricorda alcune decisioni della bella raccolta del Can. Tranquilli — 39.ª N. 9. 10. e Tom. VI. — 53.ª N. 8. e 54.ª N. 7. e 19. Tom. VII. che mantengono il privilegio della dote, non iscritta, verso i chirografari.

Digitized by Google

§. CCLVI.

Come debba intendersi il pronunciato del §. precedente.

1. La seconda ricerca che può farsi, versa nel sapere se *le ipoteche tacite* (dei privilegi diremo altrove) di cui parlano gli articoli 32. e 35. siano quelle solamente che nell'antico sistema erano annesse ai diritti dotali.

No davvero, se osservi che quella disposizione, nei due codici ugualmente, occupa l'estremo luogo di un lungo titolo che ragiona di altre materie e subbietti, oltre la ipoteca dotale; quindi non può dirsi che a quella solamente si riferisca. Inoltre fermando la regola — « che le ipoteche tacite e legali *di qualunque sorta* — non sono valevoli nè produttive di alcun effetto in concorso dei creditori ipotecarî iscritti » e la stessa formula (— ipoteche tacite e legali —) ripetendo dove le antepongono ai creditori chirografarî, è chiaro che quei codici *non vollero stringer il discorso alla sola ipoteca dotale.* Finalmente la stessa ragione di prevalenza milita per altre ipoteche.

2. L'antichità fu prodiga d'ipoteche tacite. In altra parte dell'opera io ne ricordava le principali (*a*). Non intendo riassumer quell'argomento, ma discendere ad alcune applicazioni. E pongo il quesito: — *se la legge nostra, nella pluralità delle ipoteche tacite e legali, che antepone ai chirografarî, comprenda tutte quelle che sotto questo nome erano riconosciute in antico, e nella media giurisprudenza;* o alcune soltanto; e quali.

3. Si deve qui avvertire 1.° che altre di quelle ipoteche tacite non erano testuali, ma si generavano da incongrue interpretazioni della giurisprudenza; 2.° che di alcune di esse dispone espressamente il moderno rito ipotecario sotto nome di privilegi; 3.° che ve ne ha delle incompatibili col sistema.

Quelle che appartenevano alla prima classe vennero abolite o caddero in dissuetudine; tali per esempio le formule guarentigiate

---

(*a*) §§. VI. VII. VIII. IX. X.

Digitized by Google

o camerali (*a*); la ipoteca tacita dei salarî e mercedi d'opere liberali (*b*): quella della milizia, commerciabile, secondo il mal costume romano (*c*), che la dottrina diceva produttrice d'ipoteca (*d*), e che i prolissi forensi estesero a qualunque ufficio civile (*e*). E perchè non mancassero le similitudini, lo stipendio militare si elevò al privilegio della causa alimentaria (*f*). Checchessia del vero e legittimo senso della legge assai dubbio e disputato (*g*), chi mai farebbe uscir di sotterra la soldatesca ipoteca? Il somigliante dirai di quella che nasceva a favor di una chiesa o di un luogo pio, quando con loro denari un terzo faceva acquisti in nome proprio; così applicando la nota teoria del denaro pupillare (*h*). Codeste ed altre ipoteche di simil risma per certo non furono risuscitate dai legislatori nostri nei citati due articoli. Perciocchè avendo essi nel novello codice dichiarato quali si fossero le ipoteche che chiamarono *legali*, è da tenersi che nei due articoli non intendessero alludere a quelle nel moderno sistema non considerate, nè attinte alle pure sorgenti del diritto romano, ma sparse in viete prammatiche, già disusate.

E tutte queste diciamo incompatibili colle nostre leggi ipotecarie; ed è ventura: chè per esse noi siamo purgati di quella famiglia di spurî. *Ma i creditori privilegiati, obbligati ad iscriver i*

(*a*) Ved. §. VIII.

(*b*) Regola generale, la causa degli studî è equiparata a quella delle doti. Glossa nella L. 1. D. solut. matrim. Onde l'estensioni che si trovano nei trattatisti, eziandio a favore dei famigli, che vantavano anch'essi la loro ipoteca tacita, perchè *i servigi loro conservano le sostanze dei padroni!* Rota post Pacif. Dec. 63. Tiraq. de retr. legal. §. 15. N. 7. Onde il *salarium* nell'intelletto dei tribunali di quei tempi, era divenuto *onus reale*. Rota cor. Seraph. Dec. 514. N. 2.

(*c*) L. 27. C. de pign. Nov. 53. Cap. 5.

(*d*) Negusant. de pign. P. 2. M. 4. N. 164.

(*e*) Bolognet. in L. 1. De solut. matrim. Merlin. de pign. qu. 30.

(*f*) *Panis civilis*. Barbosa ad L. 1. P. 6. ff. De solut. matrim. Merlin. eod.

(*g*) 27. C. d.

(*h*) Opinione di Baldo, del Castrense, del Tiraq. ecc.

Digitized by Google

loro privilegi, e che non gli hanno iscritti, vinceranno senza dubbio i chirografari, sopra i quali devono mantenere quella prevalenza che loro veniva assicurata dalle antiche leggi, e che con diversi ordini e forme ha ottenuto conferma dalle moderne (*a*). Riprova è questa che la ipoteca ha una sussistenza giuridica indipendente dalla formalità della iscrizione, necessaria soltanto in confronto dei creditori iscritti o di terzi possessori.

§. CCLVII.

Estensione della ipoteca muliebre sui beni del marito. La convenzione limita la generalità della ipoteca dotale.

1. Il §. 117. N. 2. « accorda alle mogli la ipoteca sopra tutti i beni presenti e futuri dei mariti, per la dote ai medesimi assegnata e per la esecuzione dei patti nuziali ». Si domanda, *se avendo regolarmente convenuto nella specifica e determinata assegnazione dei fondi sui quali viene circoscritta la sua ipoteca dotale, conservi insieme il diritto della ipoteca generale* che la legge le attribuisce.

2. La massima contraria è più conforme al diritto romano. Vero è che per una costituzione di Giustiniano (L. 11. C. de pact. convent.) in ordine a suoi parafernali, la moglie deve starsene contenta a quella particolare ipoteca che nell'istromento di dote si fosse convenuta. E solo in mancanza di tal convenzione era favorita di una ipoteca legale, accomodata a quei rapporti giuridici che nascevano fra i coniugi dall'amministrazione maritale, molto diversa dalla ipoteca dotale (*b*). Ma alla Glossa e al comune dei dottori parve doversi tenere, rispetto alla dote, altra sentenza (*c*). Lasciando stare le sottili distinzioni che facevano, la forza del discorso ponevano in un principio generale, che *la*

(*a*) Rota Rom. graduat. 4 Maii 1835. cor. Bofondi.

(*b*) §. CCXXXVI.

(*c*) Gloss. in d. L. fin. Cod. de pact. convent. Cin. Bald. Salicet. ad L. assiduis C. qui pot. in pign. Alex. Cons. 58. N. 3. V. 7.

Digitized by Google

donna non può col fatto suo pregiudicare ai proprî diritti dotali (*a*). Nè in questo caso, come in ordine ai parafernali, *la provisio hominis* faceva punto cessare la *provisio legis*. Tanto più che nei testi citati si ragiona di *patto espresso* che suole avere maggior virtù del *tacito*, come sarebbe appunto il convenire in una ipoteca particolare senza rinunciare al favore della generale. Dominava anche la regola che *per provisionem hominis* s'intendesse derogata quella *provisio legis* che nasceva da diritto privilegiato ed eccezionale, non punto a quella che era fondata nella legge comune (*b*). Restringere la ipoteca a certi beni, rinunciando alle maggiori guarentigie che la legge assicura, è scapito, senza dubbio; è venire in condizione peggiore.

3. Il legislator pontificio fece un altro discorso. Vegliò i contratti delle donne; impose ai giudici di portar l'occhio attento sulle sicurezze che le offre il debitor della dote; tutto ciò che le tornasse in danno, annullò e distrusse. Ma non volle conceder loro un eccessivo vantaggio sui debitori, contro la rispettata legge dei patti, e il vero spirito di giustizia. Nel largheggiare favori alle donne maritate i romani furono eccessivi, passarono il segno. Il legislatore moderno guarda anche da un altro lato: al credito, al commercio, al diritto che ogni debitore ha di non prestar cautele sproporzionate al debito (*c*). E all'obbietto, che la

---

(*a*) Abbiamo varî testi che stabiliscono questo principio. Nella L. 2. D. de pact. dotal. Ulpiano giudica inutile e come non apposto il patto, pel quale *sciolto il matrimonio con figli, la dote debba restare al marito*. Paolo L. 14. eod. pone che sia lecito patteggiare il giorno della restituzione della dote, *dum ne mulieris deterior conditio fiat*. Non meno chiaramente il giureconsulto Procolo. L. 17. eod.: potersi convenire la restituzione più presto che non determini la legge: più tardi no — *si ut longiore, nec valere id pactum conventum*.

(*b*) Cyn. et Bald. in L. fin. C. de pact. convent. Negusant. P. II. Ma era fermo in diritto che il patto valesse eziandio in praejudicium dotis, premorendo la moglie al marito, o divorziando. L. 1. §. 1. D. de dote praelegata.

(*c*) « Quando nel contratto di matrimonio i contraenti avranno convenuto che l'effetto della ipoteca legale debba limitarsi a uno o più

Digitized by Google

donna non dee poter pregiudicarsi accettando guarentigie meno estese, facilmente si risponde: che il pregiudizio non sussiste. Non si tratta se la donna abbia a perder dei diritti, ma se ne debba avere maggiori di quelli che la giustizia consente. Nè si ripigli, non potersi tenere ingiusta quella operazione della legge che per virtù sua propria attribuisce alla moglie una ipoteca generale sui beni del marito; chè è uscire dall'argomento. La cauzione ipotecaria è sempre il mezzo; la sicurezza del credito è lo scopo. La legge, almeno fin qui, non ha trovato altra via a mettere in sicuro con sùbita cautela le ragioni delle doti che la ipoteca generale, di cui ella stessa, la legge, è ministra. Non è dunque *ingiusta* ma onesta e forse necessaria quell'opera; ma d'ordinario trascende. Così, fatemi grazia del paragone, per evitare il pericolo che alla contigua casa minaccia l'incendio, si taglia dell'edificio oltre quello che forse il bisogno esige, per laudabile prudenza: tanto meglio però se la misura potesse prendersi esatta. La ipoteca generale va di là dal punto; se la convenzione l'infrena, e insieme preserva la donna dal pericolo di perdere, cosa volete di più? Provvedono pure all'innegabile inconveniente *le riduzioni;* ma, come tutti i rimedî, vengono dopo il male, e soglion profittare assai meno.

4. Non senza ragione la nostra legge parla di convenzione *intervenuta nel contratto di matrimonio.* Era pure in antico una massima, che il recesso da una favorevole *provisio legis* si presumesse avvenuto allorchè la *provisio legis nascitura esset*, non rapporto a quella che *jam nata erat*, ed è ragione. Non si perde o si deteriora un diritto se già non è acquistato; e la ipoteca legale, secondo il gius gregoriano, non si acquista dalla donna nella illimitata estensione della generalità, ostando il contratto. Questo definisce, limita, stabilisce il diritto; e paralizza l'azione della legge. Tutto ciò suppone che il contratto sia contemporaneo al matrimonio: ma, se lo sussegue, deve dirsi *già nato* il diritto, laonde, a

---

immobili determinati, la iscrizione si farà unicamente sui medesimi, gli altri beni del marito rimarranno liberi dalla ipoteca. §. 138. del Regol. Gregor.

Digitized by Google

limitare la ipoteca generale, è d'uopo espressamente rinunciarvi, ed è quello che la legge chiama *riduzione* (*a*). Anteriore, il contratto impedisce alla ipoteca generale di nascere; posteriore, retroagisce sopra un diritto esistente.

§. CCLVIII.

Data della ipoteca legale della moglie.

1. Secondo la legge francese, la costituzione di dote doveva precedere il matrimonio; nè « durante il matrimonio poteva costituirsi o aumentarsi » art. 1542. La critica osserva quanto il divieto fosse terribile, circa la costituzione della dote, segnatamente. Non è raro che i mezzi a costituirla si acquistino dalla donna o dagli obbligati a dotarla, avvenuto già il matrimonio. Si aspetta una eredità, si offre una fortuna, un padre sente il dovere di adempire al debito che aveva ingiuriosamente negato: e perchè dopo il matrimonio non potrà costituirsi la dote? Nel concetto dei francesi troppo prepondera l'elemento della fraude matrimoniale, senza por mente che dove le speranze della dote si diradano, anche i mariti si diradano; sicchè non solo al matrimonio in particolare, ma eziandio alla sua condizione in generale, è assai nociva quella speciosa loro e arciprudente disposizione. La tradizione pontificia è assai migliore. La dote può validamente costituirsi anche *constante matrimonio*, se innanzi non venne costituita (*b*). La moglie ha facoltà di sottoporre a questa legge ogni sua sostanza; eccettochè non ci sia di mezzo qualche broglio e aggiramento del marito, nè il volere della costituente sia in qualche modo costretto, nel qual caso si fa restituire in intiero (*c*).

2. Il diritto romano si piega a questa regola della nostra giurisprudenza. Permettendo le donazioni *propter nuptias*, durante il

---

(*a*) Di cui si tratterà a suo luogo.

(*b*) Bald. Novello de Dote P. 6. priv. 14. Boss. de dote pag. 461.

(*c*) Faber ad L. un. C. si adv. dot. Schol. 4. Bossio eod.

Digitized by Google

matrimonio (*a*), Giustiniano mostrò maggior persuasione della probità dei coniugi, lasciando stare quell'alto avvedimento politico di tenere aperta la via al miglioramento della condizione muliebre, e alla legittima soddisfazione degli affetti di famiglia. Senza timore che, sotto specie d'indirizzo dotale, si occultassero donazioni proibite, lasciò ad una critica savia e ragionata il deciderne; ma non la presunse, ma non ne fece, come il codice francese, un canone direi quasi di viziosa abitudine coniugale aggravando i sospetti sopra le più giuste ed utili convenzioni. E laddove i francesi con quella loro antisociale società, che chiamarono *comunione matrimoniale*, gittarono tanti imbarazzi fra le pareti domestiche, e furono sì poco curanti dell'uguaglianza (*b*), il legislatore romano pensava nella *donatio propter nuptias* un saldo equilibrio, una specie di compenso reciproco negl'interessi dei coniugi (*c*). Questa forma è caduta in dissuetudine; e *l'aumento dotale*, secondo il linguaggio dei prammatici, è posto a significare solamente quello che fa il marito alla moglie; sa di donazione, e vuol essere confermato dalla morte (*d*).

3. Fu legge dell'imperador Giustino che la ipoteca dell'aumento pigliasse la data del giorno in cui avveravasi (*e*). Più savio

---

(*a*) Inst. de donat. §. 3. L. 19. e 20. C. de donat. ante nup. Nov. 97. C. 1. e 2. Nov. 119. Cap. 1.

(*b*) §§. CCXXI. CCXXII. CCXXIII.

(*c*) Sicchè, com'è noto, tali donazioni qualificate seguivano la sorte e la misura della dote, e la stessa natura acquistavano. L. 19. C. de donat. ante nupt. L. 9. C. de pactis conv. Nov. 97. C. 1. e 2. Promesso *simpliciter* l'aumento prima del matrimonio, se la dote durante il matrimonio si facesse maggiore, l'aumento ascendeva per pareggiarla: ma s'essa diminuiva, l'*aumento* o donazione *propter nuptias* si manteneva nel medesimo stato. Questa almeno era la opinione di gravi giureconsulti, argomentando dalla L. 129. §. 1. L. 178. D. de reg. jur. L. 26. §. 2. D. de pact. dotal.

(*d*) L. 10. C. de donat. inter. vir. et ux.

(*e*) « Jura etiam hypotecarum, quae in augenda dote vel donatione fe» cerint, *ex eo tempore initium accipiant ex quo eaedem hypotecae contractae* » *sunt*, *et non ad priora dotis*, *vel ante nuptias* donationes referantur ». L. 19. C. de donat. ante nupt.

Digitized by Google

in questo di Giustiniano, che ad enorme inganno dei creditori ipotecarî fece indietrare la ipoteca dell'aumento sino a quella della dote (*a*), tutti sopravanzando i creditori del marito, di qualunque tempo. La legislazione pontificia impone al marito il rigoroso obbligo della iscrizione; *ma la data di essa si acquista dal giorno in cui l'atto di costituzione dotale si presenta all'ufficio.* Onde la rilevantissima differenza fra la nostra ipoteca legale, e quella del codice francese. La quale nasceva da se, per un atto virtuale della legge; si costituiva in silenzio, e durava nel silenzio, finchè per alcune combinazioni, prevedute dalla legge (*b*), non avesse a pubblicarsi. Nel pontificio, dove il contratto dotale può seguire in ogni tempo, e dove necessaria è la iscrizione, fu sapiente il non attribuirvi altra data che quella della presentazione del contratto (*c*).

4. Coll'*assegnamento*, non col *pagamento* della dote, la moglie acquista il diritto alla iscrizione della sua ipoteca generale (*d*). Se il contratto precede il matrimonio, giudico che *la iscrizione non possa prendersi che celebrato il matrimonio*, per le ragioni che furon dette nel §. CCXXXIII. È un errore il porre come massima, che *la ipoteca legale contro il marito decorra dal giorno del matrimonio* (*e*). Ciò si conveniva assai bene alla ipoteca tacita dei francesi (*f*); noi contiamo sempre *dal giorno della iscrizione, con questo solo che la ipoteca non è legale prima del matrimonio.*

§. CCLIX.

Obbligo d'iscrivere che ha il marito, e pena a cui soggiace.

1. La negligenza del marito è fortemente punita. « Può in qualunque tempo essere astretto, anche costante il matrimonio,

---

(*a*) Nov. 97. C. 2.
(*b*) §. CCXXXVIII.
(*c*) Col dovuto rapporto a ciò che diremo nel §. CCLXXI.
(*d*) §. 117. del Regol.
(*e*) Cannetti N. 253.
(*f*) §. CCXXXIV.

Digitized by Google

al pagamento della dote; la dote sarà investita in beni immobili, il dominio dei quali si trasferirà nella moglie colla sola riserva dei frutti in favore del marito; questi sarà inoltre soggetto alle conseguenze dello stellionato, quando abbia luogo in conformità delle leggi ». §. 133. Regol. ipot. 10 Novembre 1834.

2. Questa legge pontificia potrebbe credersi una imitazione dell'art. 2136. del codice francese. Malgrado il sistema *delle ipoteche tacite*, quell'articolo imponeva ai mariti e tutori d'iscrivere *senza ritardo* le ipoteche sopra se stessi, poi soggiungeva « i mariti e i tutori che avendo ommesso di chiedere e di far eseguire le iscrizioni prescritte nel presente articolo, *consentano o permettano di costituirsi privilegi o ipoteche sui loro immobili, senza dichiarare espressamente, che detti immobili eran soggetti all'ipoteca legale delle mogli e dei minori, saranno dichiarati colpevoli di stellionato, e come tali soggetti all'arresto personale* ». La ipoteca tacita pesava sulla coscienza di quei legislatori, come un rimorso; e, a riparo, si davano attorno per accumulare mezzi suppletori, ora imponendo ai mariti e tutori d'iscrivere, ora minacciandoli di grave pena, per non avere dissipato l'inganno dei terzi.

3. Nel sistema delle ipoteche tacite, codesta disposizione riguarda *soltanto l'interesse dei terzi;* nel sistema iscrizionale, riguarda *soltanto l'interesse del creditore legale.* Amendue quelle leggi cessano il loro ufficio di civilmente disporre; un tratto diventano penali, e si armano del flagello criminale per punire gl'inobbedienti. Come sta questo? Sarebbe una confessione della imperfezione del sistema, costretto a servirsi degl'incerti sussidî dei privati; anzi di coloro stessi che hanno opposto interesse, e che per conseguenza bisogna tenere a freno colla paura del castigo? Così è. La legge sgomentata da ogni parte vede il pericolo, o che i terzi cadano nel trabocco della ipoteca non iscritta, o che le donne, e gli altri interdetti, per fallo o tradimento dei loro naturali difensori, perdano l'opportunità della iscrizione e le debite guarentigie. Questa ultima è, senza dubbio, calamità maggiore. Se non che la legge ha aggiogato al carro anche il notaio, con *una condanna in solidum* ai danni ed interessi: e quando il contratto appaia da istrumento pubblico, lo stimolo è molto efficace. Ma le doti si costituiscono altresì per scrittura privata;

Digitized by Google

e allora non si deve contar molto sulla penalità che il marito sfugge, o per impotenza, o perchè non gli si vuol far guerra portando il disordine in famiglia.

4. Per coerenza, nel sistema francese il marito ha un obbligo *da adempire verso i terzi*, quello di denunciare la preesistenza della ipoteca legale della moglie (*a*); invece nel pontificio, ha il dovere *verso la moglie* di curare con ogni prontezza la iscrizione. In entrambi si fa vedere al povero marito spalancata la porta della prigione, perch' egli è sul pendìo dello *stellionato*. Ma la legge francese qualifica risolutamente come stellionato il silenzio di lui, che non poteva ignorare la ipoteca della moglie; la nostra richiede un fatto che possa qualificarsi come tale, non bastando a costituire lo stellionato la ritardata iscrizione.

5. Ordinando che la dote sia pagabile *in qualunque tempo*, e che abbia ad investirsi in beni immobili *il dominio dei quali si trasferisce nella moglie*, la legge si mostra come adirata verso il negligente marito, e non si contenta più della iscrizione. *Ogni dote diventa qualitativa*. Ma è da osservarsi che non si prefigge alcun termine. *Non facendo la iscrizione* . . . . Quindi o il ritardo non ha cagionato verun danno, perchè non sono sopraggiunte iscrizioni, è mio parere, che il marito debba essere costituito in mora (*b*), e solamente spirato il termine che gli assegnerà il Tribunale, subirà la pena. O il ritardo è stato dannoso in effetto, avrà luogo l'applicazione dell'articolo (*c*). Ma saremo in tempo? Chiaro è ad ogni modo che l'azione della moglie diventa personale

---

(*a*) Giustamente osserva il Troplong N. 633. bis che il marito non incorre la pena, *se la ipoteca non sia convenzionale*. Anche il Chiesi N. 825. Tuttavia la quistione divide gli scrittori francesi: noi non possiamo occuparcene.

(*b*) « Nulla intelligitur mora ibi fieri ubi nulla petitio est ». L. 127. D. de V. ob.

(*c*) Qual danno deriva al gius di privilegio perchè si occulta la ipoteca tacita? Nessuno. Il privilegio d'indole sua antecede la ipoteca « C'est ici (ben dice il Troplong) qu' on aperçoit avec evidence les dèfectuositès de notre article ». N. 633. bis.

Digitized by Google

a conseguire il pagamento, e che la somma sarà impiegata in acquisto di beni stabili che avranno la qualità *di fondo dotale*. Questa specie di conversione dei diritti reali della moglie, è assai pericolosa; perchè suppone il difetto di qualunque assicurazione nel lungo intervallo di una lite, e a fronte di un marito di mala fede.

6. Nella legge francese *è stellionato il consentire ipoteche, e privilegi*, occultando al terzo la ipoteca tacita ch'esso non può vedere cogli occhi proprî. Ciò è facile a concepirsi, poichè si tratta di *commissione*. Noi versiamo in causa negativa: in quella di *ommissione*. Non si disputa essere *stellionato* vocabolo di grande elasticità che contiene forse tutta la generazione dei misfatti che si compiono per inganno (*a*). Ma ciò non esprime ancora quando il marito se ne renda colpevole. Nella immensa varietà dei casi, non sempre decide la teoria. Certo che qui si esige un dolo attivo, efficace, esercitato sulla povera donna, con abuso di fiducia nella seduzione dei rapporti matrimoniali; all'ombra della quale, con avvertenza e proposito, si disperdano i mezzi della cauzione legittima a cui la moglie ha diritto: cosa a provarsi difficile!

§. CCLX.

Quanto si comprenda nella formula usata dalla legge §. 133. N. 2. *(dote assegnata ed esecuzione dei patti dotali).*

1. La ipoteca legale nasce *dall'assegnamento* della dote, e la sua operosità estrinseca *dalla iscrizione* (§. CCLVIII.).

2. *La ipoteca della dote comprende gli alimenti* che il marito dee prestare per debito naturale e per compenso dei frutti dotali? (*b*).

(*a*) Renazzi Elem. jur. crim. Tom. V. Cap. XIV. Giuliani Inst. crim. Vol. 2. pag. 588. e segg. 3. Ediz.

(*b*) Tutti i Dottori alla L. si cum dotem 23. §. sin autem D. solut. matrim.

Digitized by Google

Benchè ci manchi un testo preciso (*a*) il diritto della ipoteca tacita per gli alimenti, è sempre stata opinione contrastata da pochi (*b*).

Ma durante il matrimonio potrà la moglie esercitare l'azione della dote contro il marito? Al forte obbietto rispondono i propugnatori della tesi affermativa: che anche in pendenza di matrimonio la moglie esercita delle azioni relative alle sue doti. Non solamente per la *vergenza ad inopiam* del marito (*c*), ma per mali trattamenti e per sevizie può addomandare le sue doti colla *separatio thori* (*d*). Privarla degli alimenti è un barbaro incrudelire, è usare una sevizie del peggior genere. Se può esercitare l'*actio dotis*, e se in questa causa si contiene eziandio quella, tanto umana, degli alimenti, è chiaro ch'essa potrà valersi a questo effetto della sua stessa ipoteca dotale (*e*).

3. Malgrado queste ragioni, è più sicura la massima contraria.

Bisogna convenire (lo abbiam visto più di una volta, e lo vedremo ancora) che il sistema iscrizionale ha reso incompatibili non poche disposizioni dell'antico diritto, anche senza derogarvi espressamente.

L'ipoteca tacita conteneva allora tutte quante le obbligazioni che derivavano dal concetto *di dote*. E per conseguenza quella ancora, tanto correlativa, tanto inevitabile, *degli alimenti*. Avvegnachè non fosse *in jure cautum*, nondimeno il legislatore non avria potuto dolersi di una estensione che sembrava rientrare nel suo

---

(*a*) Ciò è verissimo. Tuttavia si trae assai vicino l'argomento dalla ipoteca dovuta *pro usuris L.* Lucius D. qui pot. in pign.

(*b*) Così tennero, il Bartolo, il Baldo, il Castrense, Cino, Cumano, Ricci, Ripa, Guido Papa, Fontanella, Negusanzio, Mantica — De tacit. Lib. 11. Tit. 19. N. 15. e tanti altri antichi e moderni. Rota. Collezione Tranquilli. Decis. VI. T. II.

(*c*) §. CCLXXIX.

(*d*) Merlin. de pign. Quest. 51. N. 11.

(*e*) È da avvertire che quella giurisprudenza aveva luogo, quando la *dote in effetto fosse stata pagata*. Pacific. Salvian. interd. Insp. 3. Cap. 4. N. 174.

Digitized by Google

sistema di largamente, e con ogni mezzo, provvedere all'interesse delle donne maritate. Noi curiamo anche quello dei terzi, l'interesse generale del Credito. Perciò la legge vuole nella iscrizione enunciato il titolo, enunciata la somma. Per noi (ipotecariamente parlando) il vocabolo *dote* sembra ridotto a maggiore semplicità. È *il quantum* del valore che la donna reca al marito (dote quantitativa), e che il marito deve restituire. Gli *alimenti* invece sono prestazioni di corrispondenza, di compenso, di equilibrio, che, meglio dal matrimonio conseguono che dalla dote; e sono in effetto una obbligazione tutto diversa. Nella sfrenata loro ipoteca, gli antichi potevano presumere inchiuso l'accessorio degli alimenti; ma noi abbiamo dei limiti determinati, dei titoli espressi, delle formalità imprescindibili.

Nè indarno il nostro articolo, discerne *dalla dote la esecuzione dei patti dotali.* Questi non sono la dote; sono modi che vi hanno relazione. L'obbligo *degli alimenti*, che è nella natura dei rapporti matrimoniali, può altresì esprimersi per via di patto; può volersi assicurato con ipoteca. *Questa ipoteca bisogna iscriverla.*

4. *Gli spillatici* (quasi specie del genere *alimenti*, secondo alcuni), se convenuti nel contratto, sono iscrivibili colla dote; ma non vengono propriamente nel capitale della dote. Se il valsente degli spillatici è determinato; o se semplicemente n'è enunciata la misura annuale o mensile, potrà nel primo caso prendersi una iscrizione certa, nel secondo in somma indeterminata. Se il capitale non è iscritto in verun modo, si conviene prendere iscrizioni separate alle scadenze dei pagamenti (*a*).

5. L'ipoteca legale, nel sistema Pontificio, è più sobria di quella di tipo francese. Nella illimitata dizione *di crediti e diritti della moglie* (art. 2121.) fu logico il comprendervi i parafernali riscossi dal marito in corso di matrimonio (§. CCXXXVI.): la legge pontificia restringe severamente *la ipoteca legale alla dote ed esecuzione dei patti dotali;* ed esclude ogni diritto che non appartenga a questa categorìa privilegiata.

(*a*) Rota Eugub. Graduat. 7 Maii 1832. N. 89. — Cannetti N. 313.

Digitized by Google

§. CCLXI.

Iscrizione della dote genericamente promessa senza determinazione di quantità.

1. Ci sono due testi che paiono pugnanti fra loro, la *L.* 1. *Cod. de dote promiss. e la* 69. §. *gener. D. de jure dotium.*

Perciocchè il primo sembra chiarire assolutamente invalida e nulla una promessa generica di dote senza espressione di specie e quantità, e non partorire azione veruna (*a*). Ma quel potente intelletto di Papiniano lasciava scritto nel quarto dei Responsi. « Il genero stipula dallo suocero una dote che costui darà ad arbitrio suo, senza dichiarazione nè di specie (non demonstrata re) nè di quantità. Se ne togli l'arbitrio, la stipulazione vale. Nè il caso può dirsi simile a quello in cui nullo si rinunzia il legato, o la stipulazione, perchè il fondo (che n'è l'obbietto materiale) non è dimostrato; avvegnachè *la quantità della dote* sia da stabilirsi in rapporto alle facoltà del padre e alla dignità del marito » (*b*).

Questo secondo testo è lucido nella forma, e nella risoluzione convincentissimo; di che fu un vero imbarazzo al teorizzare dei giuristi quel primo rescritto dell'imperad. Alessandro. Tanto disordina il comporre le legislazioni a brani staccati!

2. *Accursius* e *Forcatulus* ed altri ragionarono, che questo testo non significa altra cosa fuorchè una cauta e prudente restrizione di tal conseguenza che potrebbe assai naturalmente dedursi da una promessa generica della donna di costituirsi la dote. La conseguenza esorbitante che vuol evitarsi sarebbe questa: che la donna con quella promessa così generica, abbia sottoposti al vincolo

---

(*a*) Frustra existimas actionem tibi competere, quasi promissa dos tibi, enc praestita sit *cum neque species ulla nec quantitas promissa sit*, sed hactenus nuptiali istrumento adscriptum; quod ea quae nubebat, dotem dare promiserit.

(*b*) Fram. L. 69. d. Vedi anche la L. quaero 60. D. de jur. dot.

Digitized by Google

dotale *tutti i suoi beni*. Se vuoi dunque lo spirito del rescritto, eccolo: valere bensì la promessa, ma doversi ritirare entro giusti confini, da giusto e onesto arbitrio moderata (*a*).

Harmanopolus (*b*) e *Duareno* (*c*) sentirono in altro modo, tenendosi più ligi al testo, che propriamente accenna alla costituzione che la donna (ea quae nubebat) fa a se stessa; e inutile giudicarono la promessa, attesochè la promittente potrebbe cavarsene con poverissimo valsente, con un guscio di noce. Non così rispetto al padre, che è sempre obbligato a dotazione congrua, ancorchè non abbia promessa una quantità definita. Il che fece dire acutamente al Fabri (*d*), non valer neppure *la incerta promessa* del padre, giacchè s'egli è tenuto a dotare, non lo è punto in forza della *incerta promessa;* ma pel dovere che egli ha d'altronde che dalla convenzione, cioè dalla legge.

Dalla quale teoria si dedussero corollari esagerati, come quello di Agostino Barbosa. Il quale si fece a sostenere (*e*) che essendo nulla quella sì informe e vaga costituzione di dote senza specie e quantità annunciata, il marito non potrebbe mai più costringere la sposa a costituirsi una vera e congrua dote in pendenza di matrimonio. Poichè, come avrebbe potuto prenderla in moglie senza dote di sorta, così deve ritenersi aver fatto accettando quella forma di costituzione, vana inefficace e ventosa. Sentenza eccessiva, e che non credo abbia seguaci.

3. Ma ben altra è quella adottata dalla comune giurisprudenza. La *semplice promessa della dote produce il suo effetto*. Prova che lo sposo non ebbe in animo di pigliarsi una moglie senza dote, e che di recare una dote al marito era la volontà della donna.

(*a*) Teste Ghotofr. Gl. ad d. L. Molto piacque a Dionisio Gotofredo la sentenza del buon Forcatolo, benchè distante dal testo — *Sincerior est et aequior, meo judicio, Forcatuli sententia: minus tamen textui videtur respondere.* —

(*b*) Promptuar. jur. Lib. 4. Tit. 8.

(*c*) Univers. disput. Lib. 1. Cap. 56. e Lib. 2. de dotibus C. 2.

(*d*) L. V. Tit. VI. Definit.

(*e*) Ad L. 1. Cod. de dote promiss.

Digitized by Google

L'incertezza è determinata dal buono arbitrio del giudice (*a*). *Non è incerto*, dicono i dottori colla scorta del testo di Papiniano, *ciò che può certificarsi e determinarsi coi soliti mezzi onde viene stabilita la congruità delle doti.*

4. Resta sempre l'obbietto della L. 1. C. de dot. promiss. È stato detto che, secondo il materiale dettato di quella legge, la promessa non era *attuale*, e che le parole del testo fanno chiaro che la donna rimetteva *la sua disposizione in tempus futurum* (promiserit) (*b*). È mo vero questo? L'addentrarci nell'esame ci condurrebbe troppo in là; onde accetteremo questa dottrina come una spiegazione delle meno cattive data ad una legge che ripugna al buon senso.

5. Se la promittente si obbliga, nulla dà in effetto; nè può pretendere *iscrizione* a carico del marito che potrebbe anche non volerla costringere alla dotazione specifica. *Molto meno può il marito prendere iscrizione a carico della moglie, o di altro promittente, non avendo stipulato ipoteca speciale.*

§. CCLXII.

Se una donna ricca di beni di fortuna, che sposa un uomo senza promessa di dote, possa essere costretta dal marito a prestarla.

1. Senza uscire dal tema ipotecario, abbiam visto che la *semplice* promessa non aggiunge facoltà nè al marito, nè alla moglie di prendere iscrizione sui beni rispettivi. Il caso presente che vi ha intimo rapporto, si risolve in negativa perfetta, anche quanto al diritto d'imporre la costituzione della dote.

(*a*) Bald. in L. fin. Cod. de sentent. quae sine certa qu. Salicet. in L. 1. D. solut. matrim. Bald. Novell. de dote part. 6. Priv. 1. Campeg. de dote P. 2. q. 8. Gubert. de dote C. IV. N. 5. 6. 7. Menoch. de arbitr. C. 149. N. 36. ecc.

(*b*) Gubert. C. IV. allegat. de dote N. 7.

Digitized by Google

2. Una opinione (*a*) sostiene l'affermativa, e perchè la dote è, di natura sua, un'accessione al matrimonio; e perchè alla dote aspirare il marito è cosa naturale, dovendo sopportare il grave peso della famiglia; e perchè senza parlare dell'interesse generale, alla moglie stessa giova di esser dotata (*b*), e perchè finalmente chi si piglia in casa una donna ricca, non è poi giusto che le faccia le spese, e ancora per qualche altro argomento di minor forza.

3. Ma la mancanza di ogni promessa precedente il matrimonio fa nascere una opinione contraria che ha maggior sèguito.

Cominciano gli oppositori (*c*) dal ricordare, che matrimonio senza dote non ripugna; e proseguono: che da un contratto qualunque non può dedursi a conseguenza necessaria il nascere e lo svolgersi di un altro contratto non analogo e diverso; che contratto di matrimonio e contratto dotale sono due enti distinti, lontano che la dote possa dirsi un accessorio del primo, e quasi da esso inseparabile; quindi dal nudo silenzio la tacita promessa non potere argomentarsi; il contratto dotale consistere, come ogni altro, *in re aut verbis*, e fondarsi nel consenso, ma il consenso deve pure in qualche modo apparire, ed essere la dote un *quid facti*, che ammette quantità maggiori o minori, e da non potersi supplire immaginando; dovere finalmente il marito a se stesso imputare di non avere usato maggiori cautele, accusare la imprevidenza propria. Checchessia dei vantaggi che sente la società civile dalla frequenza delle doti, certo è che la donna nel suo particolare ci perde (*d*); e questo basta perchè nulla avendo promesso prima del matrimonio, nulla debba.

(*a*) Che è quella del Tiraquello ad L. conn. 16. Gl. 8. N. 197. dell'Hering. de fidejuss. C. 7. N. 458. ecc.

(*b*) L. 1. D. sol. matrim.

(*c*) Roland. de dote. Qu. 71. N. 2. et seqq. et qu. 74. N. 9. Campeg. de dot. P. 1. qu. 39. Menoch. de pres. Lib. 3. P. 6. N. 19. ecc. Mantica de tacit. et amb. L. 12. Tit. 13. etc.

(*d*) Vincolando una parte del suo patrimonio.

Digitized by Google

4. Conclusione che ad alcuni parve troppo rigorosa se da qualche onesto rimedio non fosse temperata. Fu dunque una media opinione (*a*), la quale disse che, sebbene la moglie non si potesse forzare a costituirsi la dote non promessa, il marito però potea negarle gli alimenti, e così darle il bando da casa sua: ch'era un indiretto (*b*) costringerla a dotarsi. Ma continuò a prevalere la prima sentenza (*c*) che trovava illogico e spietato il consiglio dei teorici moderati: perciocchè se il marito fu contento di pigliarsi una moglie indotata, doveva esserlo eziandio di trattarla come compagna, onde ogni sevizia che le usasse saria barbara e ingiustificata.

§. CCLXIII.

Dei caratteri della dote quantitativa che dà luogo alla iscrizione sui beni del marito; e delle regole principali per distinguerla dalla qualitativa.

1. È indubitato che la *dote quantitativa* appartiene *pleno jure* al marito (*d*), e a questo solamente intende il §. 117. N. 2.

2. Importa assai il conoscere se la dote abbia a giudicarsi *quantitativa* o *qualitativa*, sia che la quistione si guardi nell'interesse della moglie, o del marito, o dei terzi.

Come vedremo un po' più avanti, la Rota suol tenere più utile alla donna la dote *quantitativa* che la *qualitativa* contuttociò

(*a*) Alciat. Iason. Surd. de alim. qu. 15. Socin. jun. Cons. 8. N. 22. Hering. de fidejuss. Cap. 7. N. 458. Sanchez de matrim. Lib. 9. Dis. 5.

(*b*) O *causative*, come dicono i dottori.

(*c*) Bartolus principalmente in L. 2. N. 12. e nella Disput. Mulier habens magnum patrim. Ripa in d. L. 2. Mantica de tac. Lib. 12. N. 17. Bossio p. 446. 447. Menochio, Phanucius etc. facendosi appoggio del testo §. si itaque V. si quis Ant. de nupt. e §. quoniam. Anth. quia mod. natural.

(*d*) Rota Recent. Dec. 73. N. 1. P. 6. Dec. 598. P. 18. T. 2. Roman. pecuniar. coram de Cursis 23 Mart. 1835. et DD. omnes.

Digitized by Google

può accadere assai sovente, che la iscrizione della moglie non trovi comodo spazio sui beni del marito, coperti d'altre ipoteche; e le giovi fare assegnamento *sul fondo dotale*, e sulla sua proprietà.

E i terzi che concorrono sul prezzo dei beni del marito, possono avere interesse di respingere la moglie al suo fondo dotale, liberandosi dalla incomoda sua concorrenza come creditrice ipotecaria (*a*). Sono quistioni vitali che toccano la esistenza e l'indirizzo della ipoteca legale della moglie; che non possono trascurarsi, ma nella loro fecondità maravigliosa occuperebbero largo spazio, chi non curasse di stringerle in poche regole principali (*b*).

3. Diciamo *regolare* quella stima che ha per oggetto l'alienazione: *irregolare* quella che è segno di valore a custodia di effetti diversi.

4. *Regola prima.* Parole chiare, evidenti: dovere la stima servire a semplice dimostrazione di valore.

5. *Regola seconda.* Se il discorso comincia *dalla specie o dalla quantità:* in altri e più esatti termini: ricercare la materia dotale *nella obbligazione, e nel mezzo di soddisfacimento* (*c*).

Con questo logico investigare la verità del concetto, anzichè l'ordine materiale delle parole, ci faremo capaci della volontà dei contraenti: norma suprema.

(*a*) Salvo il diritto d'ipoteca che le possa competere sugli altri beni del marito. V. §. CCLXVIII.

(*b*) Mi valgo principalmente della dottrina del Card. De Luca, che fra le tante monografie su questa materia, è la più lucida e compendiosa. De dote Disc. 158.

(*c*) *An sit in obligatione, vel in solutione.* — Bart. et DD. in L. si quis stipulat. D. solut. matrim. De Luca De dote Disc. 55. 158. Il quale assai bene osserva, che quel materiale còmpito del cominciamento non giova allorchè il concetto preponderi *per la specie e qualità.* Rota cor. Seraphin. Decis. 1207. — Decis. 419. P. 18. inter recent. cor. Riminald. decis. 701. — La Rota moderna ha dato importanza a quella regola dell'*incipit a quantitate.* Coron. Dotis 9 Martii 1838. Avellà.

Digitized by Google

6. *Regola terza.* Se non si porta in dote una cosa (species), ma una quantità, denaro, per esempio, come suole d'ordinario avvenire, e sia enunciato l'impiego che deve farsene, nascendo il dubbio, se debba spendersi nell'acquisto di una proprietà (immobile) a costituire *il fondo dotale;* o si tratti di semplice investimento sugl'immobili del marito, *quel dubbio si volge a favore dell'interesse della moglie, e lascia presumere l'investimento* (*a*).

7. *Regola quarta,* quasi corollario della precedente. Ferma una volta la *dote quantitativa,* non può mutarsi in *qualitativa,* se la donna non sia legalmente autorizzata al cangiamento, che potrebbe anche talvolta tornarle utile, secondo la condizione economica del marito, e la varietà delle circostanze (*b*).

8. *Regola quinta.* Se avete innanzi una convenzione semplice e piana la quale dica che le specie recate in dote devono restituirsi in qualità *per lo prezzo per cui sono stimate,* è cosa evidente, trattarsi *di stima impropria,* e la proprietà rimanere alla moglie (*c*).

9. *Regola sesta.* Talvolta si fa un patto di questa ragione, *che si abbiano a restituire le cose stesse, se esistono, col riguardo all'aumento o diminuzione del loro valore.*

È buon criterio il dire, che *la dote acquista per questa formula la natura di quantitativa.*

Se non che il marito, o gli eredi del marito non saranno obbligati al prezzo, ma potranno dare in pagamento lo stesso fondo, in seguito di novella stima che in quel tempo dovrà farsi, a certificarne il valore, stando a debito del marito o suoi eredi, l'aggiungere quanto si trovasse mancare in confronto della stima primitiva (*d*).

(*a*) È massima economico-giuridica che — *la dote in quantità è più utile della qualitativa* — Rota in Rom. Dotis 6 April. 1832. cor. Muzzarelli. — De Luca Disc. 158. de dote N. 23. in fin.

(*b*) Rota Decis. Rom. dot. 6 April. 1832. cor. Muzzarelli — V. anche la Roman. Dot. 6 Decembris 1832. cor. eod.

(*c*) Mantica de tacit. et ambig. Lib. 12. Tit. 28. N. 18. etc.

(*d*) Mantica. ib. N. 26.

Digitized by Google

10. Circa la *iscrizione*, avverti che il fondo trapassa in realtà in dominio del marito, e, *tamquam species, est in solutione, et non in obligatione;* laonde la moglie iscrive validamente la sua ipoteca legale, in genere sui beni del marito, qualora non abbia convenuto nella ipoteca speciale: colla quale iscrizione colpisce eziandio il fondo destinato a soddisfare la dote.

Ma potrà *la moglie esercitare l' azione ipotecaria sopra il fondo, e quale sarà il suo contegno rispetto ai suoi diritti d' ipoteca generale?* Quistioni che si vanno complicando, sfuggite all' attenzione degli scrittori.

§. CCLXIV.

Continuazione dell' argomento.

1. Le nostre leggi ipotecarie che tendono a sciogliere i rapporti di creditori e debitore colla vendita dei beni ipotecati, avrebbero nella loro virtualità distrutte le convenzioni del genere di quelle che siamo venuti esaminando nello scorcio del precedente paragrafo? Sarebbe divenuto un fuor d' opera, userò questa frase, quel trattato di soddisfare la dote quantitativa, *cum eadem re* con cui venne pagata dal costituente? Il *dà in pagamento*, abolito nel giudiziale Salviano tanto logorato nei procedimenti anteriori, avrà subìta la stessa deroga in ordine ai contratti?

Ecco una ricerca preliminare, indispensabile. Questa deroga non possiamo concepire. Non domandiamo adesso, se il Salviano possa vivere in pace colle leggi ipotecarie del tempo moderno; e se qualche altro Stato abbia vissuto in compagnia loro senza molto dissidio. Diremo soltanto che la deroga del Salviano come procedimento giudiziale, in faccia *all' azione ipotecaria*, che spinge con impeto più risoluto la macchina della spropriazione forzosa, è troppo estranea alla ragione del patto, che sovrasta a ogni altra regola allorchè non cada in cosa vietata.

2. Parmi si debba considerare *come speciale la ipoteca che ha la moglie sul fondo* destinato al reale soddisfacimento; e quindi, giusta che verrà a stabilirsi a suo luogo rispetto alla prevalenza giudiziaria della specialità, *la moglie debba escuterlo, prima di passare all' esercizio della ipoteca generale.*

Digitized by Google

A mio avviso il procedimento sarebbe: chieder la vendita giudiziale del fondo, all'effetto di soddisfare al debito dotale, qualora il marito, o gli eredi di esso, che ne hanno il diritto, non preferissero di cedere in solutum il fondo stesso per istima da farsi e con giusto ragguaglio di valore a termini della stima antica.

E se il valore si scoprisse minore, la moglie o suoi eredi avrebbero azione ipotecaria sugli altri fondi custoditi *in subsidium* dalla ipoteca generale.

3. Così resterebbe in onore, malgrado le nuove fasi in cui entrò il sistema, la teoria del Mantica e del De Luca. Circa la quale per altro può nascer dubbio, allorchè non si tratti d'immobili, *ma di cose mobili*, e di quelle segnatamente che duran poco.

Certamente il fragile dominio si reputa rimasto al costituente, se la formula del patto sia semplicemente questa — *da restituirsi se e come saranno per esistere al tempo in cui si farà luogo alla restituzione.* Ma qualora ci sia aggiunto — *con riguardo all'aumento o diminuzione del loro valore* (*a*), verrà in questo caso la stessa risoluzione che si è adottata per l'immobile?

Differenza non ha, come pare, che rapporto alla durata e alla conservazione delle cose portate in dote. Mobiglie di casa, suppellettili, animali ecc. potranno restituirsi *in corpore*, ma con giusta proporzione di valore rispetto alla condizione loro, e al prezzo del giorno. Se non esiston più, si darà il valore intero. Gioie, effetti preziosi, effetti pubblici, cartelle, azioni di credito ecc., subiranno la varietà dei corsi commerciali, e si daranno per quanto valgono allora. Colla quale operazione o il debito si estinguerà, o verrà diminuito; la moglie o suoi eredi potranno esercitare l'azione ipotecaria, che conservano colla ipoteca generale, per quanto resti in difetto.

(*a*) §. CCLXIV. N. 8. — La qual giunta trasportando il comodo e il pericolo nel marito fa che il bene non possa dirsi dotale, e varia affatto l'aspetto della quistione. De Luca eod.

Digitized by Google

§. CCLXV.

Continuazione dell' argomento.

1. *Regola settima.*

La stima che si fa *ex intervallo*, dacchè la cosa dotale venne consegnata al marito inestimata, ha carattere *d' impropria* (*a*). Ciò dirai, se la idea *della quantità* non sia, per così dire, trionfante e primitiva: chè allora la stima sarà nesso e prova di *dazione in pagamento*, e trasferirà il dominio *rei* nel marito (*b*).

2. *Regola ottava.*

Se trattasi di cose che coll' uso si consumano (*c*), il ragguaglio del prezzo suppone per se solo la vendita: per tenere una tal dote *quantitativa*, sommo è il favore, perchè la dote si mangia, e se ne va in pochi giorni.

E se non c' è stima, il marito è pur sempre obbligato alla restituzione *in aliud ejusdem speciei*, o nel genere, della stessa bontà quantità e valore (*d*).

3. *Regola nona.*

Se le cose fungibili furono specificamente stimate nel contratto di matrimonio, questo è termine fisso, invariabile: la vendita si è effettuata da quel punto; in qualunque tempo la restituzione avvenga, non si restituirà che quel prezzo.

Se il valore non è stato allora determinato, *essendochè la vendita non si effettua se non quando il prezzo è certo*, bisognerà osservare il valore che corre al momento della restituzione (*e*).

(*a*) Fontanell. de pact. — dot. Par. 13. N. 36. et seqq.

(*b*) De Luca de dot. Disc. 158.

(*c*) Quae recipiunt functionem in genere suo — olio, vino, frumento ec.

(*d*) De Luca de dote Disc. 158. Noto un errore dell' accurata edizione di Venezia 1716. p. 362. che cita in appoggio la *L. res in dotem D. solut. matrim.* in luogo della *L. res in dotem* (42.) *D. de jure dotium.* Aggiungi quest' altro testo di Pomponio. L. 3. D. de reb. credit.

(*e*) Così io avviso doversi intendere la dottrina di Gomez, Molina e dello stesso Bossio C. 16. N. 25. che altrimenti sarebbe erronea.

Digitized by Google

4. *Regola decima.*

Argomento *di dote inestimata* è la povertà del marito; poichè d'ordinario non si vende a chi non può risponder del prezzo, quando si può tenere in mano la proprietà (*a*).

5. *Può cangiarsi in ispecie la dote quantitativa, o viceversa?* Malgrado l'antico divieto della legge Giulia, oggidì può farsi l'una e l'altra conversione, concorrendo la utilità della donna, e le solennità prescritte; nè intorno a ciò bisognano altre parole (*b*).

§. CCLXVI.

Promessa la dote in certa quantità pecuniaria, se poscia a soddisfacimento di essa dote, venga consegnata al marito alcuna realità (ordinariamente immobile) è regola che il bene consegnato passi in proprietà del marito, restando sempre la moglie creditrice della quantità.

E delle quistioni che nascono intorno gli effetti di tal convenzione a stima incerta, o non certificata.

1. Avendo tale consegna tutti i caratteri della *datio in solutum*, è dunque una vera vendita (*c*). Il prezzo di codesta vendita, è quello stesso che valgono i beni dati in pagamento (*d*).

(*a*) Benchè riprovato dal Fontanella de pact. nupt. Claus. 5. Gl. 8. Par. 3. N. 75. l'argomento ha gran virtù interpretativa, e soprattutto è sostenuto da un profondo senso d'equità.

(*b*) Come si è veduto nei luoghi discorsi, e vedremo nel seguente, la *dote quantitativa* rimane sempre tale, malgrado il dà in pagamento dei fondi avvenuto in seguito — V. la Decis. Rom. Dot. 6 April. 1832. cor. Muzzarelli.

Ciò che si è ragionato dei mobili e immobili stimati o no, si dirà dei crediti (nomina) che vanno colla stessa legge.

(*c*) L. si praedium C. de evict. — *Species deducitur in solutione* dice il De Luca de dote Disc. 159.

(*d*) Rota cor. Seraph. Decis. 1207. Boss. Cap. 16. N. 22. da cui tolsi la formula.

Digitized by Google

2. La idea *della quantità* va sempre innanzi, e quasi direi, porta la bandiera a significare la natura della dote costituita.

La regola ricordata opera eziandio nel caso che il fondo dato in pagamento non sia contrassegnato da cifra alcuna di prezzo o valore; poichè si reputa sempre alienato per la quantità che forma la dote (*a*).

3. La difficoltà stringe allorquando si fa bensì cenno di valore, *ma senza determinarlo, e come cosa da certificarsi con successive operazioni.* La quistione entra così in dominio della celebre costituzione di Giustiniano. *L. ult. C. de conthr. empt.* O non fu nominata persona terza a dichiarare il prezzo; o nominata non accettò l'incarico, o non lo adempì; in ogni modo la vendita si risolve, come non fatta. Manca il prezzo.

Ma potentissima è la virtù della intenzione e della volontà dei contraenti, che diffonde la sua luce sulle parti oscure e recondite di un contratto, che rivolto a stabilire la importanza delle convenzioni matrimoniali, ha una specialità che lo distingue affatto dalle vendite comuni.

4. Se non vi hanno argomenti abbastanza chiari a favore della dote *quantitativa;* se nella convenzione primeggia il fatto della dazione reale (*b*), l'*annuncio di una stima futura* può considerarsi come appendice a semplice dimostrazione di valore. E se la stima in effetto non venga mai in luce, si *dovrà tenere inutile, e come non apposta, quell' appendice e quella giunta;* si dovrà abbandonare la idea della vendita fatta al marito: la dote sarà *qualitativa* (*c*).

Che se certa e indubitata sia la volontà di assegnare una dote in quantità, se risulti evidente che la realità (fundus) dee servire

---

(*a*) Honded. Cons. 41. Vol. 1. Fontanell. Claus. 5. Gl. 8. P. 13. Seraph. Decis. 1207. De Luca de Dote Disc. 158. Potrà aver luogo le querela di lesione, come in qualunque altro contratto di compra-vendita.

(*b*) Si è costituito in dote un fondo rustico, una casa, senza più.

(*c*) Perchè l'atto della vendita rimase imperfetto, prevalendo in questo caso la dottrina del Barbosa in L. aestim. 50. D. solut. matrim. — e del Fontanell. Claus. 5. Gl. 8. P. 13. N. 57.

Digitized by Google

a soddisfarla, ma penda tuttavia incerta la stima, distingui le controversie che vengono a disputarsi *fra il marito e colui che costituisce la dote* (e non sia la stessa moglie), *da quelle che nascono fra conjugi.*

5. Supposta adunque la costituzione *in quantità*, è collocata la donna in siffatta condizione giuridica, ella si rimane indifferente alla quistione che sorge fra il dotante e il marito di lei intorno al modo del pagamento. In tal caso il favore della dote non esercita influenza veruna sulla controversia; per cui ha luogo la regola comune (*a*). La moglie ha credito verso il marito della somma corrispondente. E così la incertezza della stima viziando l'atto di vendita, ne segue che *il fondo non si trasferisce in proprietà del marito, ma rimane in dominio del costituente* (*b*). Ne segue ancora che il marito non restituirà il fondo alla moglie, quasi dotale, ma starà sempre il suo debito *di quantità*, salva la sua eccezione di dote non conseguita contro il dotante.

6. Ma ove la disputa sia accesa fra gli stessi coniugi, il celebre maestro (*c*) dà alla sua dottrina una inflessione particolare, rispondente cioè all'indole del contratto matrimoniale, e a quell'abbondanza di buona fede che lo solleva sopra le vulgari transazioni.

Nel pericolo che fra codeste sottigliezze di diritto si disperda l'interesse della donna, la quale finisca col rimanere indotata, ove sia costretta di conservare il dominio *delle specie* recate in dote (*d*) per non potersi eseguire la loro conversione in *quantità* (*e*) abbraccia la giurisprudenza di coloro (*f*) che, colla stima da farsi arbitrio *boni viri*, supplisce al difetto, e sana le nullità.

(*a*) Stanziata dalla citata L. ult. C. de conthr. empt. — onde la vendita cade in nulla.

(*b*) E se fu consegnata al marito si finge ritenerla — *loco pignoris.*

(*c*) De Luca de Dote disc. 158.

(*d*) *Loco quantitatis.*

(*e*) Fa il caso ovvio — delle suppellettili, delle vestimenta, di altre cose di facile perdita.

(*f*) Covarr. pract. C. 28.

Digitized by Google

7. Bello e acuto argomento francheggia codesta conclusione: *nella vendita pura la certezza della stima essere sostanziale al contratto*, come dedotta in via principale e diretta a stabilire l'estremo del prezzo; laddove nel premesso caso della dote costituita in quantità, e della successiva operazione che rappresenta la *dazione in solutum*, la stima, come pertinente ad atto secondario e dipendente, veste un certo carattere di accidentalità che può essere prudentemente dominato dall'arbitrio del giudice (*a*).

Nè ultima considerazione è quella che il marito non può dolersi che di se stesso, dell'avere negletto il compimento dell'atto dotale che deve stargli a cuore, come un dovere.

8. Siamo dunque in questi termini, che la sposa si reca dietro mobili facilmente perituri, crediti, anche immobili, se vi piace, coll'intendimento palese di trasferire tutto questo in dominio del marito, e di formarsi una buona somma, costituendosi in volontà ed in fatto una dote quantitativa. E che il difetto della stima, prenunciata e non eseguita, porti alla donna la triste conseguenza di non potersi liberare di quell'incomodo dominio, e convertirlo in credito pecuniario, difeso dalla ipoteca sui beni del marito. Con questa teoria, bisogna avere per dimostrato che, il *mancamento di stima che fu prenunciata, e non certificata, non impedisce il reale trasferimento*; sicchè la moglie *colpisce colla sua ipoteca dotale anche quei beni come divenuti di proprietà del marito*, previa però una stima da farsi arbitrio *boni viri*.

9. Qui si potrà domandare se la ipoteca *possa iscriversi, sull'appoggio del contratto dotale*; innanzi che la stima sia in effetto seguìta col ministero del giudice.

La mia opinione è del potersi iscrivere, con ragionevole valutazione, come si fa dei crediti certi in genere, e non ancora specialmente certificati.

(*a*) Decis. 172. N. 23. e seqq. P. 6. inter recent. assai notevole in questa materia; che è la 567. ap. Merlin.

Digitized by Google

§. CCLXVII.

Obbligo che ha il marito di curare la riscossione e l' investimento della dote.

1. È chiaro il testo della *L.* 30. §. *quoties D. solut. matrim.* Se la dote diventò inesigibile per colpa del marito, che non si mosse in tempo e perdè la buona occasione, vale averla ricevuta, e quanto all' ipoteca, e quanto al debito della restituzione (*a*).

2. Non è valido pagamento della dote se non eseguito nei modi e forme stabilite nel contratto (*b*). Così, per mala ventura, quei fratelli che obbligati a pagare con vincolo d' investimento, si affidarono ciecamente al marito, che sperse la dote, dovranno rimetter la mano nell' arca per pagare la seconda volta (*c*). Il marito dovrà rispondere, e alla moglie e ai fratelli del fatto doloroso; ma essa è in facoltà di preferire l' esercizio della sua azione contro gli stessi fratelli (*d*).

§. CCLXVIII.

Se la moglie abbia diritto d' ipoteca generale sui beni del marito, malgrado la sua dote consista nel fondo inestimato.

1. Nel §. CCXLVII. N. 1. 2. 3. abbiamo dato ragione al bel numero di giuristi che tennero compatibile la disposizione della

---

(*a*) Agg. la legge si extraneus 33. D. de jur. dot. L. ob. res. 20. §. sed si D. de pact. dot. — *si dos exigi potuit* — Rota Decis. 63. post Merlin. Rota Moderna Cingol. hypot. 25 Ian. 1841. Cor. De Cursis.

(*b*) L. 28. §. pacta D. de pact. Rota Decis. 220. N. 8. P. 12. Recentior. Decis. 820. N. 11. cor. Molines.

(*c*) Il terribile *Solutio iterata* — De Luca de Dote Discor. 4. N. 2. d. Decis 820. N. 71. cor. Molines. Decis. Perus. pecun. 23 Iun. 1834 cor. Bofondi.

(*d*) D. Decis. cor. Bofondi.

Digitized by Google

L. 30. *C. de jur. dot.* colla *unica de rei ux. act.* Secondo quella legge, la moglie era nello stesso tempo creditrice ipotecaria del marito, e padrona del fondo dotale sul quale conservava tuttavia le sue azioni ipotecarie. Ciò prova che la logica dei legislatori non è sempre quella che si appella del senso comune. Il principio di contraddizione, essere e non essere nello stesso tempo, si rimanga nelle scuole dei metafisici: qui si può essere ad una volta e proprietario e creditore. Rapporto *alla cosa stessa*, al fondo dotale, eravi certo contraddizione; ma Giustiniano ci passò sopra per eccesso di benevolenza al sesso muliebre, lasciando alla donna l'arbitrio di ferire coll'arma o dell'azione ipotecaria o della vendicazione. I francesi stessi non ripudiarono quella tradizione (*a*), che anzi il loro codice sembra autorizzare in quelle leggi un poco ambigue che dettò sui diritti maritali. Se la gallica originalità permise alla vecchia idea di vivere ancora al suo fianco, pare che la carta di permanenza non possa esserle negata dalla legislazione pontificia che tanto s'informa all'antica. Almeno per quella parte che è scevra di contraddizione; e che può coesistere anche secondo il buon principio rotale (*b*). E difatti non implica contraddizione il conservare ipoteca generale sui beni del marito, tenendosi in proprietà *il fondo dotale.* Se altro non fosse, il marito che lo possiede quale usufruttuario, potrebbe devastarlo, e formare un debito d'indennità verso la moglie, che coi propri beni dovrebbe soddisfare.

2. I moderni regolamenti pontificii intenti a regolare la forma, non hanno mutato il fondo della giurisprudenza giustinianèa: essa non è mai stata abrogata. Massime sparse qua e là nelle nostre decisioni, e il comune sentire dei giuristi, hanno dissipato l'infelice criterio di una possibile coesistenza di diritti incompatibili, la *proprietà e il credito.* Essendosi proclamato in cento luoghi che il fondo dotale è di esclusiva proprietà della moglie (*c*), ripugna ch'essa, cambiando un tratto la sua posizione di diritto,

---

(*a*) V. d. §. CCXLVII.

(*b*) §. CLIII.

(*c*) Vedi anche il §. 133. parte 2.ª del Regolamento gregoriano.

Digitized by Google

possa, qual creditrice ipotecaria, perseguitare il fondo proprio. Benchè neppure sotto questo rispetto si trovi deroga espressa alla L. 30. Cod. de jure dotium, possiam chiamarlo *un jus dessuetum*, dileguato in faccia al lume di una logica più ragionevole.

3. Terremo adunque come cosa ferma che la moglie, *malgrado la proprietà del fondo dotale, può iscrivere e conservare ipoteca generale* (che va ad esser suppletoria) sui beni del marito. A questo avviso soccorre lo stesso testo 117. N. 2. che parla d'ipoteca *per la dote alla moglie assegnata*, senza distinguer punto la qualità dell'assegnazione. Soccorre la stessa limitazione che si legge nel §. 138.

Ivi si dice che, *quando nel contratto di matrimonio, i contraenti avranno convenuto che l'effetto della ipoteca dotale debba limitarsi ad uno o più immobili determinati, l'iscrizione si farà unicamente sui medesimi: gli altri beni rimarranno liberi dall'ipoteca.* Ora è chiaro, che in mancanza di tale disposizione contrattuale, tutti i beni del marito *de jure* e per regola generale cadono sotto la fiera potenza di quella ipoteca (*a*).

§. CCLXIX.

Il marito può iscrivere ipoteca sull'usufrutto del fondo dotale, duratura sino allo scioglimento dello stato matrimoniale, o alla restituzione della dote, constante matrimonio, nei casi permessi dalla legge.

1. Il diritto romano pone spesso il concetto del dominio del marito sul fondo dotale accanto a quello della moglie, e alla severa legge dell'inalienabilità. Eppure una critica tranquilla non trova discordanza fra quelle idee.

Veggasi primieramente qual forte radice avesse in quella legislazione il gius di proprietà attribuito alla moglie.

(*a*) Cujac. ad L. un. Cod. de rei ux. act. §. *illud. etiam generaliter* Edit. Neap. del 1758. pag. 528. Lett. E. V. anche la Costituzione d'Anastasio L. jubemus C. ad S. C. Vellej.

Digitized by Google

Chi non conosce l'imperioso decreto della legge Giulia (*a*), rinfrescata da Giustiniano, che ne estese l'applicazione a tutti i fondi anche non italici (*b*), per conservare intatta nella moglie quella proprietà, quasi contro il proprio suo volere? Alienato il fondo, la moglie, fornita ancora dell'azione dotale, poteva rivendicarlo (*c*). Le stesse limitazioni, scritte nel titolo *de fundo dotali*, restringendo la regòla, la dimostrano.

2. Per quanto concerne la ragione maritale, non può negarsi che una specie di dominio è concessa al marito, quanto basta perchè possa reggere una ipoteca, ma limitato e secondario, quanto si esige onde non sorga a competere con quello della moglie, e quasi a formarne l'antitesi.

Diamone alcune prove. Paolo (gran maestro della materia dotale) nel fram. L. 1. §. 1. D. de fund. dot. dice che *per universitatem* (*d*) il predio dotale trapassa negli eredi del marito, modera il proposto colla clausula — *secundum quod possibile est* . . . e dichiara il concetto, aggiungendo — *cum suo tamen jure, ut alienari non possit.* Possessore momentaneo, l'erede del marito deve restituirlo alla vedova (*e*). Il marito aliena validamente il fondo dotale, ma a condizione, che morta la moglie, *dos lucro* (ei) *cessit* (*f*). E se la fortuna in questo modo non l'aiuta, la

---

(*a*) Quae de pudicitia et de adulterio lata est, ut in 2. Sentent. Paul. tit. de dotib. Cujac. ad §. *et cum Lex Iulia* — L. suddetta.

(*b*) . . . . . pro omnibus (fundis) locum habere §. 15. L. unic. C. de rei ux. act.

(*c*) L. 3. D. de fundo dotal. Cujac. in lib. 36. Pauli ad edict. Recit. Solemn. fram. ad L. 1. e 3. detta che abbraccia anche *aedes inestimatas* secondo l'antico voto delle LL. delle dodici tavole: essendo più proprio il dire *praedium inaestimatum.* Intorno a ciò n'erudisce Ulpiano L. 13. D. de fundo dot.

(*d*) O per *aversionem.* Il marito non può alienare il fondo dotale, ma lo trasmette *jure haereditatis.* L. 62. D. de adquir. rer. dom. L. 38. §. 3. 4. 5. L. 93. D. de legat. 3. Emanazioni e glosse alla Legge giulia.

(*e*) Cujac. a d. L.

(*f*) Marciano nella L. 17. D. de fundo dot.

Digitized by Google

sua alienazione vale, *secundum quod possibile est;* intendi, rapporto ai frutti dovutigli correndo il matrimonio. La *vendicazione,* e altresì la *condictio,* appartiene al marito *ob res amotas,* eziandio per cose dotali, e sin contro la moglie (*a*); e questo prova un vero e pretto elemento di dominio, ma secondario tuttavia e semplicemente fruittizio. *Dominus* può chiamarsi non impropriamente nel linguaggio di quelle leggi che dello stesso appellativo onorano e l'usufruttuario e l'enfiteuta (*b*); ma è un signore di corta vita; i suoi giorni sono contati, sono quelli del matrimonio.

3. Quel suo dominio è sinceramente giuridico, *quasi ex necessitate juris,* atteso il suo stato e le sue obbligazioni di marito. *Restituire* è correlativo logico di aver ricevuto (*c*). Ora quale difficoltà che costui possa *obbligare con ipoteca l'usufrutto* che gode, e finchè sarà per goderlo; o in altri termini *il suo gius di dominio sui frutti?* Poco sarà l'opporre non esser lecito al marito gravare di servitù il fondo dotale (*d*): impor servitù è una vera alienazione fondiaria; la ipoteca del proprio usufrutto non offende la proprietà. Facoltà che ad ogni specie di usufrutto si estende indistintamente dal §. 104. N. 2. del regolamento gregoriano, *finchè dura il diritto dell'usufruttuario* (*e*).

(*a*) L. 24. D. de rer. amot. actione.

(*b*) §. CXCIX.

(*c*) Non solo il *reddi* — giustifica la proprietà del concetto, ma più il giudizio che della natura del contratto dotale diede il sommo Cujacio, combattendo l'Accursio — (fundus dotalis datur) in ispeciem contractus emptionis et venditionis, quum res venditur et traditur *ea lege, ut post tempus eadem res revendatur venditori, et remancipetur.* In Lib. 38. Pauli ad Edict. in L. 2. D. de reb. cred. il che suppone un dominio intermedio, sebben risolubile.

(*d*) L. 5. D. de fund. dot.

(*e*) Giovanardi Dissert. XXIX. §§. 6. a 12.

Digitized by Google

§. CCLXX.

Quali documenti siano necessarî ad iscrivere la ipoteca legale della dote; e se questa sia efficace contro il marito pel solo fatto del matrimonio, indipendentemente da qualunque promessa anche verbale.

1. L'art. 42. del codice ipotecario di Pio VII. ordinava, come base della iscrizione, la presentazione *dell' originale, o dell'atto autentico dell' atto, o giudicato che somministra il titolo della ipoteca.* Questa legge, a dir vero, non parlava che della ipoteca convenzionale.

Nel motu-proprio di Papa Leone ci fu una disposizione alle mogli e agl' interdetti utilissima, che è portata nell' art. 40. *Se da alcun atto non apparisse la costituzione di dote in favore delle donne . . . allora potranno eseguirsi le iscrizioni delle ipoteche, sopra semplici note da presentarsi ai Conservatori, le quali contengano, oltre a quanto si stabilisce per le iscrizioni comuni, la precisa qualità dei diritti da conservarsi, e l' importare determinato del loro valore, ovvero si dirà che rimangono vincolati in genere tutti i beni del debitore situati nel circondario dell' ufficio, come in fine si dichiarerà espressamente che da niun atto risulta la ipoteca di cui si richiede la iscrizione; giacchè se questa esistesse e non venisse richiamata nelle note, nè esibita al Conservatore, rimarrà la iscrizione nulla e priva d' ogni effetto.*

Il regolamento Gregoriano si esprime in questo modo. Dopo avere imposto al creditore convenzionale l' obbligo di presentare al Conservatore *gli originali o le copie autentiche degli atti dai quali emerge il diritto ipotecario* — continua — *Se poi si tratta d'ipoteca legale che sussista indipendentemente da atto per iscritto, basterà indicare nella iscrizione l' epoca del fatto dal quale ha avuto la sua origine.* §. 141.

2. Bisogna convenire che la legislazione precedente si pronunciava con maggior chiarezza. Per quanto riguarda la forma, tutto era perspicuo. L' iscrizione è dichiarata suppletoria, mancando l' atto di costituzione dotale; si dettano regole affinchè la iscrizione

Digitized by Google

si manifesti con una certa esattezza innanzi ai terzi; deve denunciarsi la mancanza dell'atto formale, scoprendosi il quale la iscrizione si annulla. La legge attuale involve una incognita, una nozione che ha d'uopo di essere definita, e lascia, come il discorso, l'animo sospeso. *Se si tratta d'ipoteca che sussista indipendentemente da atto per iscritto* .... nasce immediatamente il dubbio se fra *tali ipoteche* sia da noverarsi la ipoteca dotale. Nel silenzio del regolamento è necessario ricorrere al diritto comune. Ivi troviamo che la dote non ha d'uopo della stipulazione, ma si contenta del patto nudo (*a*). Più nella L. unica C. de rei uxor. act. (*b*): che non importa promessa scritta, bastando anche la verbale. Ma tanto e tanto una promessa è necessaria. La legge nostra avrebbe avuto l'occhio in questa legge del facile Giustiniano? *La ipoteca se sussiste indipendentemente dallo scritto*, sarebbe quella che è fondata *in promessa verbale?* In tal caso pareva naturale l'ordinare che si presentasse all'ufficio la prova di tale promessa, supponiamo in un certificato di testimoni. Invece la legge vuole la *indicazione dell'epoca del fatto*. Pare adunque che quella tale ipoteca promessa, *e sui generis*, sia quella, non che emana *da una promessa verbale* secondo il concetto giustinianeo, ma che *nasce da un fatto*, e non da una convenzione qualunque; *da un fatto* che di natura sua produca delle obbligazioni suscettibili di vestire ad un tratto l'abito ipotecario, come si vestiva la pretesta toccando la pubertà.

3. Non dissimulo la perplessità che mi strinse nell'atto d'interpretare questo articolo, che getta un'ombra disgustosa in mezzo alla luce che circonda ogni altra parte del regolamento. Che da siffatto privilegio della ipoteca legale, il legislator nostro non abbia voluto escluder quella che tende ad assicurare alle povere donne, sì mal trattate dalle nostre abitudini agnatizie, il sacro patrimonio delle loro doti, non credo possa revocarsi in dubbio. Questo articolo (anche per quello sarà osservato nel Capo seguente) dee adunque ricevere un'applicazione pratica in materia

---

(*a*) L. 6. C. de jur. dot.
(*b*) §. 1. in fin.

Digitized by Google

dotale: e la riceve propriamente quando *riguarda i diritti delle donne inutte, o maritate e non dotate, sui beni della successione obbligata a dotarle.* Art. 117. N. 1. Certamente quel diritto della figlia verso il padre, della sorella verso i fratelli eredi del padre, vive *indipendente da qualunque convenzione;* e il fatto semplice della qualità di figlia, e della morte del padre, annunciato al Conservatore, produrrà la iscrizione senza bisogno di altro documento.

Similmente la denuncia *del fatto del matrimonio* basterà ad iscrivere ipoteca a carico del padre, obbligato alla dotazione.

4. Ho dovuto convincermi che questa sola interpretazione è vera; che sarebbe strana e assurda qualunque altra *per cui la iscrizione si estendesse ai beni del marito, in virtù del solo fatto del matrimonio.*

Vengo ad esporre i motivi di questa opinione.

Le leggi romane parlano sempre della dote come un *quid facti* che per quanto riguarda la esistenza e la misura delle obbligazioni del marito, nasce dalla *dotis constitutio.* È convenzione altresì il fatto del ricevimento della dote: *convenzione tacita* potentissima quanto l'espressa, a generare l'obbligo della ipoteca a guarentigia della restituzione. Un titolo apposta fu consacrato nel Codice (*a*) a stabilire il principio che — *dotem numeratio non scriptura facit* — E la giurisprudenza, pure in casi discorsi in questo Capitolo, ammaestra che il marito non può sempre pretendere una dote, eziandio da moglie ricca; e idea rivoltante sarebbe che pel solo fatto del matrimonio potesse avventarsi una iscrizione formidabile contro ogni sua sostanza immobiliare. In una parola tale ipoteca non è fra quelle che sussistano *indipendentemente da convenzione;* quantunque possa essere *indipendente da atto per iscritto* (*b*).

(*a*) *De dote cauta et non numerata.*

(*b*) Con espressione più esatta la legge nel §. 128. ha detto — *indipendentemente dalla convenzione.* Così doveva dirsi anche nel §. 141. per renderlo letteralmente applicabile all'ipoteca dotale sui beni della successione, abbenchè lo spirito sia evidentissimo.

Digitized by Google

Può essere indipendente *da atto per iscritto*, sia perchè fondata nel semplice fatto del ricevimento della dote, come io osservava testè; o in una promessa non recata allo scritto come ho avvertito al N. 2. Ma la convenzione o espressa o tacita è necessaria.

5. Quella legge precauzionale che dispensando dalla grave formalità della esibizione del titolo, anzi creando la iscrizione sopra una semplice denuncia di parte, che può essere esagerata viziosa e ingiusta, stampò una sì larga eccezione nel sistema, avrebbe ricopiato l'art. 2153. del Codice Napoleone; o avrebbe inteso a modificarne la regola troppo estesa e sfrenata?

Osservo che per l'art. 2135. *i diritti d'ipoteca meramente* (*a*) *legale*, che si sostenevano senza annuncio e senza prova di titolo, colpivano *anche i beni del marito a favore delle mogli.* Giusta il commento del Troplong, la ragion vera di codesta eccezione si è, la mancanza non rara di un formale contratto di matrimonio, laddove nel caso della figlia, che ha diritto alla dotazione, può aversi semplicemente la tutela legale del padre, o della madre. Era dunque opinione del commentatore che l'articolo contenesse i due casi, *e del diritto della moglie verso il marito, e della figlia verso il padre o tutore* per la conservazione delle loro doti la cui assegnazione o costituzione non appariva da documento scritto al quale suppliva la sola denuncia dell'iscrivente.

6. E ciò reputo verissimo. È innegabile la influenza di quella legge straniera; e discenderne un certo lume che rischiara la interpretazione della legge nostra, che è alquanto più dubbia della francese.

La capital differenza che passa fra la ipoteca legale della dote della inutta o della maritata *a carico del padre, fratelli ecc. e quella della moglie verso il marito*, si è che la prima nasce dalla legge, la seconda dalla convenzione. Il padre non può, anco volendo, esimersi dal dotare la figlia; il marito non è sempre debitore della restituzione della dote, e perchè *matrimonium potest esse sine dote*, e perchè potrebbe non averla ricevuta in effetto.

(*a*) Parola che i commentatori trovavano superflua e vana. Troplong ivi.

Digitized by Google

La legge confonde un po' troppo in una sola disposizione codeste due distintissime forme di diritto. Tanto più che ravvicinando il §. 128. al 141. troviamo nel primo la ipoteca *indipendente da convenzione*, e nel secondo simpliciter indipendente *da atto per iscritto:* e così il concetto si oscura, non essendo spiegato in veruno dei due articoli. Facciamo adunque di metterci dentro un po' di luce. E diremo che rapporto alla figlia verso il padre, il *fatto* che dovrà annunciarsi nella iscrizione, come causa del suo diritto ipotecario, è quello soltanto *della sua qualità di figlia congiunta al fatto dell' avvenuto matrimonio;* rapporto ai fratelli o eredi del padre, *il fatto della personale sua qualità congiunto a quello della morte del padre.* Invece la moglie che vuol prendere iscrizione sui beni del marito, senza documento, deve asserire *non solamente il fatto del matrimonio, ma quello eziandio di una convenzione o tacita o espressa ma smarrita, sul quale appoggio il marito è divenuto debitore della restituzione di una dote già ricevuta.* Poste queste distinzioni, la cosa cammina in regola. La donna si è cautata: il difetto o la perdita di documento scritto non l'assassina; il marito può sempre reclamare contro una eccezione eccessiva od ingiusta. Pericolo flagrante quando basta l'asserire per esser creduti; ma la legge deve aver calcolato che, fra i pericoli, il peggiore era quello della moglie, il più degno di prevenzione e di cautela.

Ne segue che tale iscrizione non è *definitiva* ma provvisoria e risolubile; e in questa parte il codice leonino si esprimeva assai chiaramente.

§. CCLXXI.

Quando esiste il documento scritto, la ipoteca legale s' iscrive regolarmente benchè il documento non sia redatto in forma pubblica.

In tanta facilità d'iscrivere, chi mai richiederebbe alla donna maritata *il documento formale e solenne* a pena di essere relegata fra i chirografari per non poter salir le scale dell'ufficio ipotecario?

Digitized by Google

È massima certa che la iscrizione dotale si sviluppa di tutta la sua forza dalla paterna obbligazione, validissima senza l'intervento della dotata, e senza fumo di solennità (*a*).

Per codesto atto, eziandio in forma privata, è fuor d'ogni dubbio, potere iscriversi la importanza dotale a carico del padre. E del marito, se ha ricevuta la dote, in eseguimento dell'atto medesimo.

Viviamo anche noi colla legge di Giustiniano che attribuiva virtù d'ipoteca alla promessa verbale (*b*).

Le scritture private hanno lo stesso effetto, benchè non munite della triplice testimonianza (*c*), e due soli testimonî bastano (*d*); e quando non ci sia fondato sospetto di fraude, la semplice apoca firmata dalle parti, a soscrizioni riconosciute.

(*a*) Fontanell. de pact. dot. L. 8. C. 3. Gl. 3. P. 11. N. 62. Rota cor. Bichio in Rom. dot. 23 Iun. 1642. Decis. 15 Iannuar. 1844. Rom. credit. cor. Muzzarelli. Decis. 12 Iun. 1835. Rom. seu Manutent. cor. Bofondi.

(*b*) N. 3. sopra. Rota citat. Decis. cor. Bofondi N. 4.

(*c*) Giusta la nota L. scripturas.

(*d*) Rota de fideic. instr. cor. Falconer. §. 11. N. 2. 3. 20. Decis. 12 Iun. 1835. Rom. seu manutent. coram Bofondi.

Digitized by Google

CAPO VI.

LEGISLAZIONE PONTIFICIA

ESAME DEL DIRITTO DELLA IPOTECA LEGALE DELLE MOGLI DOPO IL MATRIMONIO, E IN ORDINE ALLA RESTITUZIONE DELLA DOTE

§. CCLXXII. — *Condizione del privilegio dotale dopo il matrimonio, secondo la giurisprudenza delle leggi romane.*

§. CCLXXIII. — *Se nel sistema del codice Napoleone cessasse col matrimonio il privilegio della ipoteca tacita-legale, per dar luogo alla iscrizione.*

§. CCLXXIV. — *Commento ai §§.* 161. *parte* 1.ª *e* 164. *del regolamento gregoriano. La ipoteca non rinnovata nel trimestre può iscriversi di nuovo.*

§. CCLXXV. — *Che alla massima stabilita nel §. precedente, non fa ostacolo quella che ritiene risolversi la dote dopo il matrimonio in semplice credito, incapace di render frutto.*

§. CCLXXVI. — *Del concorso di due doti di primo e secondo matrimonio, e del beneficio della* rei vindicatio L. 30. *Cod. de jur. dot.*

§. CCLXXVII. — *Dote profettizia. Ritorno al padre. Secondo matrimonio e costituzione della stessa dote. Destino delle ipoteche intermedie a carico del padre.*

§. CCLXXVIII. — *Dote evitta; reviviscenza di diritto; se e come possa dirsi rivivere la ipoteca dotale.*

§. CCLXXIX. — *Dell' assicurazione della dote; commento al §.* 1631. *e segg. del regolamento di procedura* 10 *Novembre* 1834.

§. CCLXXX. — *Continua l' argomento.*

Digitized by Google

§. CCLXXII.

Condizione del privilegio dotale dopo il matrimonio, secondo la giurisprudenza delle leggi romane.

1. Quando il consorzio della vita si discioglie per morte, i nomi di marito e di moglie appartengono alla storia: il matrimonio non esiste più, irrevocabilmente. Perciò sembrerebbe che i diritti inerenti ad essa qualità, dovessero cessare a un tratto, quasi troncati ancor essi dalla falce inesorabile. Privilegi dotali senza il matrimonio, laddove la dote non può concepirsi che in relazione a quello; privilegi di persona (la moglie), quando la persona non è più, possono credersi idee contradditorie. Lo sarebbero difatti se il privilegio fosse dato *alla persona, e non all' azione:* per che cangia affatto l' ordine del ragionamento. Dato alla persona, il privilegio muore con essa: attribuito all' *azione,* dura finchè questo mezzo giuridico è potente di conseguire effetti al suo diritto correlativi.

Che il privilegio della dote sia concesso all' *azione* non può mettersi in dubbio (*a*). La trasmissione del privilegio *negli eredi, e in coloro che acquistarono anche per titolo singolare* le ragioni della donna maritata, è forse una conseguenza immediata di questo principio di diritto?

2. Se parliamo della durata e conservazione della ipoteca tacita-dotale, eziandio dopo il matrimonio, *noi veggiamo discenderne il diritto negli eredi e nei cessionarî d' ogni ragione,* senza veruna alterazione, senza bisogno del fatto dell' erede o successore (*b*). La ipoteca è cosa che quasi a dire si attacca allo stipulato (*c*).

(*a*) L. assiduis C. qui pot. in pign. L. unica C. de rei ux. act. §. ut plenius Instit. de act. §. fuerat.

(*b*) Si decesserit mulier constante matrimonio, dos non in lucrum mariti — cedat . . . . *sed ad mulieris haeredes* ex stipulatu actio secundum sui naturam trasmittatur. L. unic. d. §. illo.

(*c*) Parenti enim tacitam *ex stipulatu* actionem damus. L. d. §. extraneum. — *Transit etiam ad diabolum,* disse il buon Giasone scherzando —

Digitized by Google

Ma non ne seguita punto che *ogni privilegio* che si congiunga alla dote, derivi colla ipoteca tacita agli eredi e successori estranei. Giustiniano non solamente favorì la moglie di una ipoteca, nascente dal diritto, indipendente da convenzioni, e perciò, secondo quel sistema, *tacita* appellata; ma la privilegiò inoltre di *una prelazione* ch' era un vero tratto d' ingiustizia a danno dei terzi, versato in grembo alla sposa feconda. Intende ognuno che io parlo della *L. assiduis C. qui pot. in pign.* tante volte da noi ricordata con poc' onore dell' autor suo. La trasmissione di quel singolare privilegio per decreto stesso dell' imperadore (*a*), si arrestò *nei soli figli*, non quali eredi, ma proprio come figli: prodotto, *reliquie*, e continuazione dei rapporti matrimoniali nelle loro naturali e immediate conseguenze.

3. È comune opinione che nel nome di figli si contengan quelli di diverso matrimonio, e i discendenti in linea diretta (*b*).

4. Il privilegio della L. assiduis è sepolto sotto la pietra che sostiene il règime ipotecario: incompatibile colla pubblicità, non può più risorgere. Ma tali ricerche storiche non sono indifferenti alle quistioni d' attualità. Io coll' Alessandro (*c*), checchè molti altri si sforzino del contrario, stimo l' esorbitante privilegio, secondo la sua istituzione primitiva, inseparabile dalla persona della moglie: intrasmissibile in un cessionario qualunque (*d*). Costui

---

al §. fuerat Inst. de act. per dire che passa a tutti indistintamente gli eredi e successori. Negus. de pign. P. 2. M. 4. N. 32. 33. Baldo Novell. de dote part. 12. N. 6. etc. Fachineo Lib. X. Cap. 34. Controvers., che la chiama *res apertissimis testimoniis juris decisa.*

(*a*) La stessa L. assiduis V. exceptis Iust. §. fuerat de act. e tutti i Dottori soprattutto la Nov. 91. *Non enim aliis dedimus dudum et damus tale privilegium, aut haeredibus, aut creditoribus, sed solum filiis.*

(*b*) Negusant. Mem. 4. P. 2. N. 95. che dice esser opinione comune. V. Barbosa in L. 1. D. solut. matrim. N. 6. Bald. Novell. de dote P. 10. Lim. 5. N. 26. e Par. 12. quaest. 3. num. 9.

(*c*) In L. post dotem 41. — D. solut. matrim. — Imola ad L. detta.

(*d*) Non enim causae sed *personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem.* L. 43. D. de adm. tut. V. Marta in L. 1. q. 3. N. 27. et seqq. D. solut. matrim.

Digitized by Google

non poteva dolersi d'inganno, doveva conoscere la inerenza dei privilegi personali; e contentarsi di acquistar una ipoteca dell'ordine comune.

§. CCLXXIII.

Se nel sistema del codice Napoleone cessasse col matrimonio il privilegio della ipoteca tacita-legale, per dar luogo alla iscrizione.

1. La soluzione di questo problema è pressochè trascurata dagli annotatori francesi, se ne eccettui il Merlin. Sarebbe forse la prova della poca o niuna importanza in cui tengono la quistione? Io lo credo. Ma sono anche persuaso abbian torto nel reputarla quistione senza importanza. Basta vedere nel *Repertorio* (*a*) alcune pagine dedicate a questo tema, e piene di forti principî.

Diamone un succoso compendio. Coloro che giudicano necessario di vestire la ipoteca legale coll'abito della iscrizione, dopo lo scioglimento del matrimonio o della tutela, fanno questo discorso. La *ipoteca tacita*, è una eccezione nel sistema; le eccezioni fa d'uopo restringerle, non prodigarle. È una eccezione scritta a favore di classi determinate, e degne di special protezione — le donne — i minori — La donna che non è più moglie, o gli eredi di lei, il minore divenuto maggiore, rientrano nella legge comune. Possono e devono provvedere da sè, lo scopo precipuo della eccezionale disposizione è mancato: non c'è più matrimonio, non più dote, non più amministrazione pupillare. L'ipoteca è sempre quella, ma il modo di conservarla è cangiato. Vedemmo in qualche caso il Codice ordinare alla moglie, in durata di matrimonio, la iscrizione a pena di cadere dal diritto (art. 2194.).

2. Questo è tutto ciò che può dirsi di notevole per questa parte: che a dir vero non è gran cosa. Resta a superare una difficoltà. In qual termine perentorio si dovrà assumer la iscrizione?

(*d*) V. Inscriz. Ipot. §. III.

Digitized by Google

È necessario convenire nella sussistenza della ipoteca, *non iscritta*, al tempo in cui il matrimonio si scioglie o la tutela finisce, ad evitare l'enorme assurdo della *inutilità della ipoteca legale*. Imperocchè essendo essa costituita al fine di produrre degli effetti che d'ordinario non possono conseguirsi che cessate quelle relazioni di diritto (*a*), se non durasse nella sua condizione primitiva, cadendo *ipso jure perenta*, sarebbe illusoria. Qui entrano nel vago, si attaccano all'uncino delle similitudini. Considerano la ipoteca non iscritta come se già iscritta fosse nel giorno in cui ebbe vita, diremo a contare dal matrimonio; e ne inferiscono che deve iscriversi entro un decennio, a modo di rinnovazione. Ma il decennio decorre da quel giorno, o da quello che segna il termine del matrimonio? Non si può ammettere la prima ipotesi che molto spesso condurrebbe alla ruina della ipoteca, e dei diritti che vi sono congiunti. E di vero, supponendo il caso ovvio di un matrimonio durato meglio che dieci anni, codesta strana rinnovazione dovrebbe eseguirsi si direbbe quasi sul letto di morte, e prima dell'esequie del defunto coniuge. Se poi vengono il decennio numerando dall'estremo giorno dell'unione coniugale, pare che si possa anche trascurare una formalità di cui si può far senza per dieci anni.

3. Per ogni parte questa opinione si confonde e non regge. Il Merlin la dimostra inammissibile. Osserva giustamente che, costituita una volta, con tutti i suoi attributi, la ipoteca legale, non può cessar di esistere se non per le cause determinate dalla legge. Per converso l'art. 1495. estende le azioni per titoli dotali eziandio agli eredi. Per lo stesso ragionare degli avversarî, è certo che la ipoteca legale si trasmette negli eredi, se è vero, come non è negato, che di necessità essa deve prolungarsi oltre la durata del matrimonio o della tutela, per operar qualche cosa. Non saprebbe vedersi perchè, ammessa negli eredi l'abilità giuridica di possedere la ipoteca legale non iscritta, non avessero anche quella di valersene. E l'uno e l'altro diritto esistendo, non può

(*a*) La dote si restituisce per regola dopo il matrimonio; il rendiconto della tutela viene quand'essa è cessata.

Digitized by Google

concepirsi che debba venire un momento in cui tali diritti cessino di esistere, se non passando sotto il giogo di certe formalità, che la legge prescrive in casi affatto diversi, e semplicemente per le ipoteche comuni (*a*).

§. CCLXXIV.

Commento ai §§. 161. *parte* 1.ª *e* 164. *del regolamento gregoriano. La ipoteca, non rinnovata nel trimestre, può iscriversi di nuovo.*

1. » Le iscrizioni delle ipoteche legali (dice il 161.) accor-
» date alle donne dal §. 117. N. 1. produrranno effetto fino alla
» consegna o rinvestimento della dote loro dovuta. Quelle che si
» accordano *alle mogli* dal suddetto §. 117. N. 2. produrranno ef-
» fetto durante la loro vita *e tre mesi dopo la morte* ».

Il §. 164. » Gli eredi delle donne, i pupilli, i minori fatti
» maggiori, e gl'interdetti restituiti alla libera amministrazione
» dei propri beni dovranno rinnovare in proprio nome la iscri-
» zione; *i primi per conservare la ipoteca generale per le doti, e pei*
» *patti convenuti nel contratto di matrimonio;* i secondi per con-
» servare ugualmente la ipoteca generale pel credito che risulte-
» rà dal rendiconto ».

È troppo manifesto che, in difetto di rinnovazione entro il fatale trimestre, la iscrizione cade perenta: ma la quistione è posta in sapere *se possa iscriversi ex novo la ipoteca generale colla forma e per gli effetti del* §. 174. che attribuisce la data dal giorno della novella iscrizione.

2. Non bisogna dimenticare che la iscrizione non è che l'abito esteriore della ipoteca; che la ipoteca, come causa della

---

(*a*) Gli altri argomenti che anche per questa parte si deducono sono affatto secondarî, e di mero sussidio. La iscrizione doveva certamente esser presa quando si apriva il giudizio di purgazione: che nulla prova contro la tesi, essendo la stessa legge imposta alla donna maritata e al minore dall'art. 2194.

Digitized by Google

iscrizione può esistere senza di lei, in istato di potenza, capace di produrla in ogni tempo dalla legge non proibito. La ipoteca, in ordine di tempo, precede sempre la iscrizione; poichè come atto che perfeziona il diritto suppone di necessità la preesistenza di esso diritto. Ond'è che dal cadere la iscrizione, per difetto di rinnovazione nel trimestre, non ne discende di legittima conseguenza la caduta della ipoteca. Se il morire dell'una fosse la morte dell'altra eziandio, il §. 174. sarìa stato messo là senza costrutto. Se la ipoteca può iscriversi di nuovo, è prova evidente ch'essa vive più della iscrizione. Per conoscere adunque se la ipoteca legale, non rinnovata nel trimestre, possa iscriversi di nuovo, bisogna uscire dai §§. 161. 164. che parlano d'iscrizione e di rinnovazione semplicemente, e risalire alle fonti del diritto che danno regola alla durata della ipoteca legale delle mogli, sciolto il matrimonio.

3. Per le leggi romane, che governano questi Stati, la ipoteca legale delle doti si trasferisce a tutti gli eredi, anco estranei; e colla prelazione della L. assiduis, ai soli figli (*a*). Se i Legislatori Pontefici non hanno derogato a quelle leggi, è certo che la ipoteca legale della dote, anco morta la moglie, passa negli eredi e successori, eziandio singolari.

Noi poi non troviamo deroga alcuna che ci sia di mezzo a mutare l'ordine antico. Colla gloriosa ristaurazione si revocarono dal gallico obblìo le leggi romane, ripristinate coll'editto del 1815. I regolamenti di Pio e di Leone (1816-1828.) non contengono veruna disposizione speciale, relativa alle rinnovazioni delle ipoteche dotali: il gius della rinnovazione vi è governato colla legge comune del decennio. Soltanto l'ultimo codice ci recò quella forma eccezionale: l'obbligo della rinnovazione entro tre mesi.

4. Chiaro è pertanto che niuno di codesti regolamenti può aversi come abrogatorio delle leggi romane nella parte che concerne l'essere della ipoteca dotale, che si rimane quale fu sempre dopo le celebri costituzioni di Giustiniano. Se non che le leggi ipotecarie hanno fatto tacere, per incompatibilità, il privilegio

---

(*a*) §. CCLXXII. — V. anche De Luca de dote Discors. 166. N. 43. 44.

Digitized by Google

della L. assiduis C. qui pot. in pign., come ho avvertito in altri luoghi. E han fatto dipendere la efficacia di essa ipoteca da una certa esteriorità che si chiama iscrizione.

5. Perchè adunque, caduta la ipoteca per mancanza di rinnovazione nel trimestre dalla morte della moglie, non potrà iscriversi di nuovo, perduto l'antico grado, e colla data della iscrizione riassunta?

Ho mostrato N. 2. che *il diritto d'iscrivere*, di sua natura, non *perisce colla iscrizione*. Estinzione d'ipoteca, e perenzione d'iscrizione, son cose diversissime. Ne seguita che, percosso il vizio di forma, non può inferirsene cangiato il fondo del diritto. E ancora ragionando colla logica del sistema, non saprebbe vedersi perchè colui che ommette di rinnovare entro i tre mesi, debba trovarsi a peggior condizione di chi nei dieci anni non rinnova; sicchè questi possa, non quello, riprendere la iscrizione. La legge ha usato in ogni caso di rinnovazione un linguaggio misuratamente uniforme: le iscrizioni non rinnovate *cessano di produrre effetto* (*a*). Come le iscrizioni comuni *cessano di produrre effetto* non rinnovate nei dieci anni, così la ipoteca legale non rinnovata nel terzo o sesto mese; e come le prime si possono iscriver di nuovo, similmente potrai le seconde, poichè in amendue codeste categorie d'ipoteche le condizioni della caduta sono uguali; uguali le ragioni della reviviscenza; pari la pena: la perdita del grado.

6. Ma la ipoteca legale, a difesa della dote e delle convenzioni matrimoniali, non è forse un privilegio della donna in istato di matrimonio? Il §. 117. N. 2. non parla *delle mogli?* L'obbiezione è volgare, e di facile confutazione.

Noi vedemmo (§. precedente) sorgere e decidersi la stessa quistione nel sistema francese fra coloro che tenevano scaduta la condizione della ipoteca legale, col cessare del matrimonio; e la facevano rientrare nell'ordine delle ipoteche comuni soggette alla formalità della iscrizione. Ciò era logico, se la ipoteca avesse perduto i suoi privilegi colla morte della moglie; era assurdo,

---

(*a*) §§. 160. 161. 162. 165.

Digitized by Google

se serbavasi nello stesso essere giuridico. Ciò che allora dicevasi della iscrizione rapporto al tacitismo della ipoteca; oggi si dice della perenzione del diritto d'iscrivere, rapporto al difetto di rinnovazione. Se la ipoteca legale durava un'ora sola dopo la fine del matrimonio, doveva durare eziandio fino alla consumazione de' suoi effetti. Poichè, se esisteva in diritto una causa abile a mantenere la virtù della ipoteca per un tempo qualunque dopo lo scioglimento del matrimonio, bisognerebbe trovare in diritto una causa contraria che la facesse perire, prima di aver conseguito il finale suo effetto. Se la ipoteca legale, fra noi, dura pei tre mesi almeno che sono dati alla rinnovazione, deve continuare anche a rinnovazione non eseguita; imperochè l'effetto naturale e legittimo di siffatta mancanza, è la *caduta della iscrizione non della ipoteca.* La legge chiama *rinnovazione* (§. 174.) ogni iscrizione che mira a conservarne un'altra già iscritta, ma fuori del termine utile alla conservazione della data. Non osta che la ipoteca legale generale sia un attributo dello stato di matrimonio. L'argomento, diceva il buon Merlin, *proverebbe troppo*, poichè ucciderebbe la ipoteca sul letto del coniuge che muore; come finisce la ipoteca dell'usufrutto che si attacca allo stame della vita. Ammesso che la ipoteca non si estingua *ipso jure* coll'ultimo respiro del consorzio coniugale, essa è causa abile di effetti giuridici ove riassuma la veste della iscrizione. Vero è che *non poteva nascere* se non in quell'atmosfera, cioè per causa di dote e a favore di chi avesse la qualità di moglie; ma non è nuovo che i fatti giuridici continuino a vivere fuori di quelle condizioni senza le quali *incipere non potuissent*, onde producano gli effetti per cui son nati, e non si riducano a vanità ed illusioni. Mostrato abbiamo nel §. CCLXXII. N. 1. che il privilegio di tale ipoteca eccezionale è attribuito *all' azione.* Vedrete poi ogni dubbio sparire innanzi all'art. 36. del codice Piano, che limitando il tempo della pubblicazione delle ipoteche tacite-legali usate dal francese, all'effetto di conservare l'antica data, lontano dal toglier la facoltà d'iscrivere dopo quel tempo, decretava — *dopo quel termine* (le iscrizioni) *non potranno desumerla* (la data) *che dall' epoca della seguita iscrizione.* Tanto è lontano che la morte della moglie, rendendo la ipoteca dotale sterile e improduttiva, la

Digitized by Google

condanni a perire ad ogni modo *per difetto di capacità iscrizionale!* (*a*).

§. CCLXXV.

Che alla massima stabilita nel §. precedente, non fa ostacolo quella che ritiene risolversi la dote dopo il matrimonio in semplice credito, incapace di render frutto.

Non è del mio tema ricercare in quali casi si avveri codesto fenomeno giuridico che Bartolo previde in antico (*b*), e che il nostro venerando Tribunale molte volte additò (*c*) sull'orma della dottrina canonica (*d*). Dirò solo che il perimersi della suscettività fruttifera, nulla toglie alla virtù, nè al privilegio dell'azione dotale quanto a suoi principali effetti, nè alla trasmissibilità della sua ipoteca.

(*a*) Il S. Uditorio nella Rom. Mont. Act. super fruct. 29. Ian. 1825. De Cursiis nella Rom. Graduat. 29 Febb. 1844. Bofondi giudicò in questo senso. Vero è che trattavasi di matrimonio cessato sotto l'epoca leonina, a cui il §. 161. del regolamento gregoriano si disse inapplicabile. — Ma il sapiente Tribunale aggiunse — *che la legge nuova mai non tolse il privilegio negli eredi della creditrice privilegiata, e solo dispose che a nome loro venisse rinnovata.* Giornale del Foro 1844-1845. Vol. 1. pag. 174. E colle parole della Rota — *Actio* de dote, transit in *quemcumque* haeredem extraneum, *ita perinde transit hypoteca legalis* . . . . La Decis. Civ. Castell. Pecun. 17 Apr. 1820. cor. Tiberi contiene molti errori; la Rota ha nelle posteriori corretta la sua giurisprudenza.

(*b*) Ad L. insulam §. usuras De plur. matrim.

(*c*) Ap. Gregor. decis. 573. in fin. decis. 94. post Merlin de pign. Rom. fruct. dot. 21 April. 1651. cor. Cerro et 15 Ian. 1652. cor. Bichio e detta Decis. cor. De Cursiis.

(*d*) Cap. salubriter de usur.

Digitized by Google

§. CCLXXVI.

Del concorso di due doti di primo e secondo matrimonio, e del beneficio della rei vindicatio L. 30. *C. de jure dot.*

1. Non è rarissimo che le doti di due mogli vengano in concorso sui beni che sono o si reputano del marito, o degli eredi di lui, tenuti alla restituzione. Giustiniano lo aveva previsto nella Nov.ª 91. C. 1. Egli riconobbe, come lo strano privilegio di anteriorità sopra tutti i creditori del marito di qualunque età, che aveva già prodigato nella L. assiduis, non potesse con giustizia decider la lite delle due doti in concorso. Tolse dunque di mezzo il privilegio, e commise la decisione alla legge naturale del tempo.

2. Ma pensò inoltre che potessero aversi, miste al patrimonio del marito, delle proprietà sulle quali la donna professasse una *in rem actio* (*a*): azione il cui esercizio volle ad essa e ai figliuoli riservato, indipendentemente dalla quistione ipotecaria.

Era da ciò manifesto, che ove la prima e la seconda moglie avessero recato in dote beni immobili, *non estimati*, e ritenuti in dominio, esse, o i loro figli, potevano a se richiamarli *dominii jure*, separandoli da quelli del marito o del padre. Questo è semplice e piano. Se d'altra parte era palese la vendita, mediante la stima, o con altri mezzi più espliciti, del bene dotale al marito, non poteva cader dubbio sulla prelazione ipotecaria della prima dote, che aveva per se la ragione del tempo.

3. Ma come doveva decidersi nel caso che *al marito non restassero più facoltà per indennizzare la seconda moglie, e che i beni sul cui prezzo si apriva, o doveva aprirsi il concorso, derivassero appunto dalla seconda moglie che li avesse incautamente ceduti al marito mediante stima?*

(*a*) Come concentra l'Aut. *si quid* Cod. qui pot. in pign. tratta dalla Novell. 91.

Digitized by Google

La quistione nasce dalla celebre L. in rebus 30. C. de jure dotium che tante ne ha prodotte. Il legislatore si piacque di far rivivere una *rei vindicatio* a favore della moglie, eziandio rapporto alle cose *stimate* che aveva recate in dote al marito. Ciò doveva parere esorbitante; ma venne un momento in cui i severi giuristi conciliaron quell'azione con una legge che, in certe specialità di casi, prendeva quasi le forme di una provvidenza necessaria.

Vera eccezione nell'ordine dei contratti, un favore tutto speciale, un deciso beneficio! Per non abusarne soverchiamente, è collocato fra *i rimedî sussidiarî* (*a*). Perciò è d'uopo che la impotenza economica del marito sia dimostrata a rigore. L'opinione che sostiene la poziorità della prima dote ha minor forza di autorità non forse di ragione. Essa è nel dire che la Nov.ª 91. altro non ha fatto che confermare il principio generale *del jus vindicationis* in colui che ha ritenuto in se il *dominium rei;* per cui in tanto attribuisce alla seconda moglie la *in rei vindicatio* in quanto abbia conservato il dominio del fondo, consegnandolo *senza stima al marito*, e quindi senza quel supremo argomento di alienazione (*b*). Malgrado il parere, sempre preponderante nel foro, del Card. De Luca (*c*) il ragionare di questi pochi è potente. Il testo poi è preciso (*d*). Rispettando però la sentenza di quello che tra i forensi è sovrano (*e*), ci stringeremo ad osservare se e come

---

(*a*) De Luca de dote Disc. 166. N. 35.

(*b*) Aretin. Bellepertic. Salyc. ad Auth. si quid C. qui pot. in pign. Mantic. de tac. et amb. L. 11. T. 26. N. 43. 44.

(*c*) D. Disc. 166.

(*d*) . . . . hinc enim et *in rem quae de proprietate est*, *competit pure*, et unumquemque *quod suum est*, habere, *nullo privilegio indigens.* Nov. 91. princ.

(*e*) Lo stesso De Luca questa volta dichiara contro il suo costume di sentire la pressione dell'autorità specialmente del venerando Cino — ad d. Auth. si quid C. qui pot. Precipua ragione *la equità* — un riparo, perchè, dopo aver ceduto il suo, la seconda moglie non rimanga indotata. Per cui la stima si ha come non avvenuta. V. specialmente la teoria del Barbosa ad L. 1. D. solut. matrim. pag. 6. N. 6. et in L. aestimatis 36. D. solut. matrim.

Digitized by Google

possa aver luogo il favor della L. 30. C. de jur. dot. e il qualunque beneficio dell'autentica *secondo le moderne leggi ipotecarie.*

4. Il sistema della iscrizione non solamente è luce e guida ai terzi, ma talvolta illumina eziandio le intenzioni delle parti, e le oscurità dei contratti. Nel tempo della ipoteca tacita mancava un eloquentissimo indizio di volontà che oggidì risulta dall'avere o no la moglie conservato il suo diritto dotale mediante iscrizione. S'essa manca, è grande argomento di riservata proprietà; se appare, accompagnandosi alla *stima*, decide la quistione dell'alienazione, e prova che la proprietà dotale è conversa in credito. E allora, quale diritto avrà la seconda moglie, di quello in fuori *di essere graduata con privilegio sul prezzo non pagato giusta il* §. 83. *num.* 3.? (*a*). E così finisce l'antica disputa, ravvolta nelle benefiche conseguenze del sistema.

§. CCLXXVII.

Dote profettizia. Ritorno al padre. Secondo matrimonio e costituzione della stessa dote. Destino delle ipoteche intermedie a carico del padre.

1. Il caso di una dotata, che, vedova del marito, in matrimonio improle, torna alla casa paterna, indi novelle nozze contrae, e la stessa dote si costituisce, ma gravata di debiti ipotecarî che nel mezzo tempo sono emersi a carico del padre, è una specie non indegna di esame anche in ordine alle leggi presenti.

2. Fu detto assai bene che la qualità *profettizia* o *avventizia* della dote è quistione principalmente di fatto. Imperò non basta che l'autore della dotè sia il padre medesimo; che della sostanza propria la costituisca; che non sia correspettiva di rinuncie ereditarie, o di altre condizioni vantaggiose al padre. Vero che la concorrenza di tali caratteri fanno pensare profettizia la

---

(*a*) Lo aveva preveduto quell'acuto ingegno del Card. De Luca d. Disc. 166. N. 30. argomentando piuttosto *a jure potioritatis* che *dominii*.

Digitized by Google

dote (*a*), ma veggiamo che nelle stesse fonti da cui scaturisce questo diritto primitivo, havvi una inflessione pronunciatissima a modificarsi nel fatto (*b*). Tuttavolta fra dubbie espressioni, e nell'incerto, la dote si presume profettizia, perchè sempre si crede il padre aver voluto colla sostanza propria adempiere al proprio dovere (*c*).

3. Se non c'è solido argomento a tenere che il padre o l'avo paterno abbia voluto della dote far donazione alla figliuola, supponendosi la dote costituita *peculii jure*, egli ne serba il dominio alla triste condizione (*d*), che la poveretta muoia prima di lui, ancorchè emancipata, e con figli (*e*).

Talvolta, morta la figliuola, il padre le succede per diritto come naturale erede, e allora si agita la quistione ipotecaria circa quei debiti iscritti che possono colpire l'uno o l'altra, vuoi in genere od in ispecie sull'immobile che retrocede al suo primo signore.

Imperocchè se la dote è *avventizia*, e passò per conseguenza in dominio della figliuola, è chiaro che tutte le ipoteche di costei mantengono la loro legittima efficacia sul fondo trasmesso nel padre erede. Ma ove questi, cessata la causa del peculio ritorni all'antico dominio, *quasi revocabiliter seu resolutive* ceduto alla figlia, è altrettanto manifesto che i creditori ipotecarî della figlia, non avranno potenza su quegl'immobili, essendosi le ipoteche loro risolute col dominio della debitrice.

4. Non può questo §. esser capace delle teorie che dominano il vasto campo in cui abbiam posto il piede. Bisogna rientrare, e starcene paghi a poche idee. Sarà però buon avvertimento ai notai affinchè misurin le parole. Le formule, onde la dote si

---

(*a*) L. profectitia 5. D. de jure dot. §. si pater, et §. final.

(*b*) Nomen patris dotem profectitiam facit. Gl. L. 6. C. de jur. dot.

(*c*) L. fin. C. de dote promiss. Leg. profectitia initio Tit. de jure dot. estensivamente alla nipote, eziandio emancipata.

(*d*) Solatii loco — L. 6. D. jur. dot.

(*e*) L. 6. detta L. 78. §. 1. D. de jure dot. salva la nota consuetudine di Martino.

Digitized by Google

consegna dal padre alla figlia o al genero, e quelle massimamente che concernono la restituzione, sono efficacissima regola di diritto. Niun dubbio che il padre serbi a se stesso in tutta la sua interezza il diritto e l'azione, colla clausula *quod sibi reddatur* (*a*), ma se stipulando col genero, fu nel convenire — *che la dote, sciolto il matrimonio, si restituisce alla figlia*, pure costituita nella sua podestà, secondo la opinione comune, *equivale ad una donazione* (*b*): di che la dote acquista la qualità di avventizia (*c*). Ma il Card. De Luca solito a temperare l'assolutismo delle teorie colla varietà dei casi pratici, c'invita a distinguere. Egli ammette la piena virtù della clausula — *dos reddatur filiae* — quando il matrimonio è sciolto per la morte del marito; o esistano dei figli; giacchè per la figlia, o per la prole da lei discesa, protetta dalla consuetudine del Martino, milita, egli dice, *l'assistentia juris*. Ma, accanto a questo, pone l'altro caso della morte della figliuola, e che il padre, orbo di lei, se ne rimanga senza consolazione di nipoti; meglio è il dire che la dote ritorna a lui più presto *profectitio jure*, che *haereditario*. Altrimenti, o dovrà sopportare il peso dei debiti contratti dalla figlia e le sue passività ipotecarie; o per avventura dividerne le spoglie con altri eredi, se lo esiga la legge successoria. Così, in ragione dei personali rapporti, e con certo richiamo ad una verosimile intenzione delle parti (che è farmaco a molte infermità giuridiche) si ammollisce e si adatta la regola (*d*). Questa dottrina, quasi solitaria, è la migliore: ha un sapore di umanità che conforta lo spirito.

(*a*) L. quoties D. solut. matrim.

(*b*) Bald. nov. de dote N. 6. priv. ult. P. 8. priv. 9. 10. P. Barbosa ad L. cum dotem 23 (alias 22.) D. solut. matrim. Molin. de ritu nupt. L. 3. Qu. 3. sull'appoggio della L. 35. — D. famil. ercisc. Primigenia la teorica di Bartolo in L. post divort. 27. solut. matrim.

(*c*) Più energica e previdente è la formula — *reddatur filiae et suis*.

(*d*) Dividono la opinione del De Luca, il Barbosa, il Deciano, il Curtius jun. da lui citati.

Digitized by Google

5. Se il notaio, seguendo la volontà delle parti, ha in animo di preservare i loro diritti secondo il disposto delle leggi, o non parli di restituzione, o non si contenti al dire — *reddatur filiae vel mulieri* — ma ponga questa coda — *o a chi sarà di ragione* (*a*).

6. La Rota moderna ha deciso assai giustamente che la dote, profettizia, morto il padre e l'avo, sempre rimane proprietà libera della dotata (*b*).

§. CCLXXVIII.

Dote evitta; reviviscenza di diritto; se e come possa dirsi rivivere la ipoteca dotale.

1. Era noto in diritto che, la *datio in solutum* fatta dal padre alla figliuola in tanto produceva l'effetto di liberarlo, in quanto i beni rimanessero perpetuamente in dominio di lei. L'evizione, che li rapiva alla figlia, faceva risorgere le obbligazioni del padre, e la dote doveva iterarsi (*c*). La moderna legge non ha cangiato codesto procedere del diritto; ma gli ordini ipotecarî non son più quelli. Quando le ipoteche alla efficacia loro non avevan mestieri di formalità estrinseche, potevano considerarsi come in perpetuo esistenti, o immediatamente risorte e tornate in vita, come avvenisse il caso del ritorno ai primitivi diritti per coloro che una volta avevano professato quello stesso gius d'ipoteca.

(*a*) È clausula che distrugge il prestigio, e allontana la idea della donazione. Bart. in L. uxorem §. testam. ff. de Legat. 3. Rota dec. 708. Par. 1. Rec. Dec. 124. N. 5. P. IV. Tom. 1. Decis. 108. N. 8. Par. 4. Tom. 2.

(*b*) Centumcell. delet. — hyp. 18 Mart. 1833. cor. Muzzarelli — Voet in Pand. Lib. 24. T. 3.

(*c*) L. qui res in pr. D. solut. matrim. L. si cum dotem §. mulier. D. eod. Bart. et Ang. ad d. L. Mangil. de evict. quaest. 245. N. 37. Castill. Dec. 5. N. 7. etc. Rota coram De Cursis. Praenest. rest. in integr. 17 Febb. 1823.

Digitized by Google

Tutto ciò si operava senza rumore, virtualmente, con una specie di lavorìo mentale che riedificava dei rapporti di diritto che potevano credersi estinti. Quindi non era raro, che aprendosi concorso sui beni del padre dotante, si vedesse la figlia che già ebbe la dote, o i suoi eredi, presentarsi, improvviso, in mezzo al convito con pretensione di titoli anteriori, allegando la patita evizione. Allora era assai facile il far rivivere una ipoteca che colla *datio in solutum* doveva tenersi mancata; chè la esistenza o inesistenza di essa non era un fatto materiale e sensibile che il pubblico dei creditori potesse conoscere e calcolare. Spariva intellettivamente, e tornava intellettivamente, con un giuoco di ragionamenti, con un atto del pensiero. L'immaginazione toglieva di mezzo il contratto di *dà in pagamento*, come se mai non fosse avvenuto, riuniva gli estremi del tempo, e continuava la linea del diritto antico, come se mai non fosse stata interrotta.

2. Il materialismo che si è introdotto nel sistema non favorisce il prestigio delle finzioni giuridiche. La reviviscenza di una ipoteca, che fu iscritta una volta e poi cadde, è possibile anche oggidì, come sarà detto altrove. Ora teniamoci al proposto. Più casi bisogna distinguere. La dotata, iscrisse o non iscrisse la sua ipoteca a carico del padre? La iscrisse o no a carico del marito? Ebbe o no ipoteca speciale sul fondo evitto?

Se non *ha mai iscritta la ipoteca a carico del padre*, vano è del tutto parlare di reviviscenza ipotecaria; non rivive cosa non nata; uom morto risuscita pel miracolo di Lazaro; ma il miracolo non può restituir la vita a chi mai non l'ebbe. Questo deve affermarsi di tutte le iscrizioni, e di tutte le reviviscenze. *O fu già iscritta*, e si lasciò cadere per causa del dà in pagamento, supponendola generale sui beni del padre, non può risorgere a danno del concorso. La ipoteca risorge, se fu già iscritta sul fondo trasferito nel terzo possessore, indi colpito da un'azione ipotecaria che gliel toglie di mano (*a*). Qui siamo in assoluta diversità di caso. La ipoteca iscritta, e non rinnovata, si ridesta come da letargo *a difesa del terzo possessore* quando *res est* del

(*a*) §. 200.

Digitized by Google

fondo stesso sul quale era posta; ma ipoteca non iscritta non valse mai, secondo le leggi pontificie, a sostenere un'azione ipotecaria, *ad offesa* del diritto di terzi, munito dell'usbergo di una iscrizione vivente. Caduta la ipoteca, l'onda si rinchiuse; la piena dei creditori posteriori ne prese il luogo; essi concorrono *immediatamente sui beni del debitore*, non contendono il suo possesso al terzo acquisitore; e sanno che nè il debitore, nè i suoi creditori chirografari potranno invertir l'ordine del concorso stabilito sulle date delle iscrizioni.

3. Se la ipoteca all'incontro è stata iscritta, o anche di presente lo fosse, *a carico del marito*, il pericolo dei creditori del concorso si allontana ognor più; i beni del padre non son quelli del marito. La iscrizione invece sui beni di costui, è chiaro argomento di dote *quantitativa*, onde il padre si presume liberato, almeno fintantochè la sostanza immobiliare del marito non sia in ogni parte escussa.

4. Se, in terza ipotesi, la figlia ebbe già speciale ipoteca sul fondo evitto; se invocando il beneficio della risurrezione, poteva superare l'offesa, respingere i concorrenti, ed essere pagata, negletto questo mezzo, essa è in colpa, nè potrà più rivolgersi indietro a molestar il padre, o i creditori di lui.

§. CCLXXIX.

Dell' assicurazione della dote; commento al §. 1631. *e segg. del Regolamento di procedura* 10 *Novembre* 1834.

È un modo di restituzione provvidenziale di cui bisogna occuparsi.

1. Ulpiano, nella celebre legge *si constante D. solut. matrim.* disse semplicemente che l'evidentissimo ruinare del marito in mala fortuna, è causa giuridica (initium) *unde dotis exactionem accipiat.* Giustiniano fu assai sollecito di questa giurisprudenza che riordinò in tre costituzioni (*a*) che, quasi uniformi, determinano

(*a*) L. 29. Quelle che Saliceto dice — *habent omnia bona secum.* — L. 30. C. de jur. dot. Nov. 97. Cap. 6.

Digitized by Google

il diritto che ha la moglie, durante il matrimonio, di costringer il marito, precipitante al peggio, ad assicurare la sua dote eziandio in continuazione di matrimonio. Se non che al legislatore non bastò il confermare codesta facoltà che nelle mogli era già antica, ma vi aggiunse la indicazione dei mezzi giuridici, che si possono usare a questo salutare effetto. In ciò consiste la novità delle tre costituzioni, che può chiamarsi illustrazione di una legge esistente. Vi s'impara che la moglie può agire *coll'azione ipotecaria*, nel modo stesso che farebbe a matrimonio estinto. Essa percuote i terzi che posseggono beni soggetti alla sua ipoteca, e li vince se posteriori; e li vince eziandio se anteriori col privilegio della L. assiduis C. qui pot. in pign. Ov'essa medesima sia in possesso dei beni ipotecati si difende *colla eccezione*. Può esercitar sequestri, oppignoramenti, premere in ogni modo legittimo le cose del marito, e le proprie rivendicare. Rimedio grave ed estremo, al quale non pochi giuristi avvisano potersi dal marito provvedere colla cauzione. Difatti nella Novella si dice chiaro — *si quidem vir idoneus est, causa undique absoluta est* — ; e *si vir idoneus factus sit*, mediante la cauzione, cessa per conseguenza la condizione dell'inopia e del pericolo.

2. Ma con qual sorta di cauzione potrà il marito antivenire il disonore e il danno? *Colla fidejussoria?* Bartolo giustamente il negava (*a*). Appoggiava fortemente il negare sulla costituzione di Graziano e degl'imperadori colleghi (*b*), e sull'ultima di Giustiniano (*c*). Ma tutto l'ordine dei giuristi, e i canonisti principalmente (*d*) si sollevarono contro questa teoria del maestro: dicevano bensì che il marito, nei casi ordinarî, non poteva essere obbligato ad aggiungersi un fidejussore per guarentire alla moglie la conservazione della dote, che Giustiniano giudicava, non forse a torto, cosa immorale (*e*); ma aggiungevano che il

---

(*a*) Ad L. si constante in pr. N. 6.

(*b*) Valentiniano e Teodosio L. 1. C. ne fidejuss. dot. acut.

(*c*) Promulgata nell'anno 530. L. 2. Cod. eod.

(*d*) Alex. Ias. Panormitan etc. in Cap. per vestras de donat. inter vir. et ux. Hering. de fidejuss. Cap. 6. N. 184. Bossio p. 784. N. 98.

(*e*) *Ne causa perfidiae in connubium eorum generetur*. L. 2. C. ne fidejuss.

Digitized by Google

capitolo (Per vestras) aveva per lo meno modificata la legge civile, permettendo al marito povero di liberarsi dalla pressione dell'azione muliebre, mediante *cauzione:* e di tal genere essere eziandio la semplice fidejussoria. Ma era poi conforme al diritto, era prudente e ben misurata in ordine agli effetti, una tale sentenza?

Io la reputo contraria al diritto. La legge civile assolutamente vietava nelle doti la cauzione fidejussoria (*a*); permetteva, anzi largamente favoriva la pignoratizia. Il rescritto di papa Innocenzo riguarda una specie particolare; fu una provvidenza che il Pontefice impartì in quel caso che gli venne sottoposto. Ha i caratteri e la forma di un rescritto di grazia, anzichè di regola comune e di legge, propriamente tale. E in effetto non vi si parla di cauzione *fidejussoria*, ma di una cauzione in genere, quanta è possibile nelle facoltà del marito (*b*). Di leggieri accade che il marito povero non possa prestare cauzione idonea, laonde il papa ordinava che almeno la somma dotale si commettesse in mano a solido banchiere per trarne qualche onesto lucro ai bisogni della famigliuola. Ed è ben diverso dalla fidejussoria di cui si occuparono gl'imperatori: il banchiere non è a verun patto un fidejussore, ma il vero e diretto e immediato debitore della restituzione del contante che ha ricevuto *ad negotiandum;* persona distinta pei mezzi di cui dispone, per credito e per fiducia pubblica. Insomma il diritto canonico, adattando le provvidenze ai casi, non derogò alla legge civile, che è la proposizione che si dovea provare.

§. CCLXXX.

Continua l'argomento.

1. La necessità consiglia dei rimedî che come regola normale sariano da rifiutarsi. Vedremo or ora che ci son casi in cui

---

(*a*) *eam jubemus aboleri* L. 1. eod. *Et si est data, non tenet.* Salic. ad d. L. — Item Azo et gl.

(*b*) . . . . *sub ea qua potest cautione praestare* . . . Cap. per vestras d.

Digitized by Google

bisogna provvedere col sussidio del *Cap. per vestras*, e chiamarsene beati. Intanto faremo qualche considerazione sulla legge moderna.

Il §. 1625, come quello che appartiene alla procedura, rimette il caso dell' *assicurazione* alla decisione del diritto (*a*).

Le leggi romane sembravano avere in prospetto la ruina tanto prossima del marito che *l' assicurazione* parve l' estremo dei rimedi nella stretta di una necessità soffocante (*b*). Il *vergere ad inopiam* è una felice transazione di tempo meno antico. Non dovremo difatti aspettare che quell' uomo sia ridotto alla mendicità; così conviene interpretare la espressione di Ulpiano (*c*). Non è meno fortunato il *labi facultatibus*, che segna con dito il rapido pendìo delle sue fortune (*d*). In massima può dirsi *che il pericolo* (di perder la dote), è la vera condizione che a tale giudizio si ricerca; e, con un pronunziato anche più generale, dover concorrere una *giusta causa*, che al prudente criterio del giudice si aspetta apprezzare (*e*).

2. La solennità del procedimento scongiura le frodi che la gonna della moglie suol coprire quando i creditori invadono il patrimonio del marito. Onde si è fatta quistione, se dopo il regolamento 10 Novembre sia più lecito al marito il dare in paga i suoi beni mobili, o immobili sotto colore di assicurare la dote. Il rito giudiziario, secondo il naturale suo ufficio, insegna del giudizio le forme e gli addita il cammino; ma non si occupa di contratti il cui gius ha sede fuori totalmente dal sistema di

---

(*a*) *Allorchè pel disposto del diritto comune è luogo alla assicurazione della dote.* d.

(*b*) L. si constante — *evidentissime appareat mariti facultatibus ad dotis exactionem non sufficere.* L. 29. C. de jur. dot. — *ad inopiam sit reductus.*

(*c*) Si trovò anche *l' incipiat labi* — Boss. N. 97. p. 782. che è troppo poco.

(*d*) Bene P. Barbosa in L. si constante N. 29.

(*e*) Il Cap. per vestras la dimostra con quella superiorità di vedute che sembra il retaggio delle leggi canoniche.

Digitized by Google

procedura. La quale, dopo le sue lentezze (*a*), dopo i dispendî che l'accompagnano, non può anco pretendere che la moglie, potendo al suo interesse provvedere più presto e meglio, nol faccia per servire ad una legge che vien sempre tarda al soccorso (*b*). Il procedimento giudiziario suppone il marito dissenziente, e la necessità di costringerlo, suo malgrado.

3. *Munita già d'ipoteca utilmente iscritta, potrà la moglie invocare il beneficio?* Se il capitale della dote è posto in sicuro, non sarebbe privo di senso il diritto di *assicurare* ciò che è già assicurato? Ma i frutti della dote! Il marito li consuma, giuocator pazzo, o divorato dagli usurai; *potrà la donna*, nell'odierno sistema, *domandare la restituzione delle sue doti per amministrarle*, e sul povero desco della famiglia affamata dividerne i frutti?

Ecco una quistione grave, se parliamo *d'immobili trasferiti nel dominio dei terzi*. Havvi assai minor difficoltà se sono ancora in mano al marito. Nel diritto novissimo vedemmo già permesso l'esercizio dell'azione ipotecaria (*c*). È certo che l'ordinamento di cui parliamo (§. 1625. e segg.) non si combina con un giudizio di azione ipotecaria contro terzi. Esso non ingiunge che di citar il marito. *Ai creditori iscritti* la semplice notifica. Non si tratta adunque di azione che tenda a colpirli e spogliarli dei loro possessi. Ma a quali *creditori iscritti* accenna in questo luogo la legge? A quelli che sono iscritti sull'immobile che *ha in mano il marito* su cui la moglie chiede essere assicurata; o ai creditori tutti ipotecarî del marito stesso? Quindi estensivamente ai beni, derivanti dal marito, posseduti da terzi, e che non vengono oggettivamente nel giudizio di assicurazione? Io opino che *a tutti i creditori ipotecarî del marito* si debba fare la notifica del §. 1626. Esso è meno un atto coattivo per costringerli a dare o fare qualche cosa; che un avviso avente per fine di favorire il loro gius

---

(*a*) Termine di 30 giorni a tutti quelli che avranno interesse di comparire §. 1626. e operazioni successive §. 1627.

(*b*) Salva sempre *l'azione pauliana*, e i diritti dei terzi contro le frodi.

(*c*) §. preced. N. 1.

Digitized by Google

d'intervento, a custodia dei loro diritti contro le fraudi e le collusioni dei coniugi che, cadendo insieme nel precipizio, si abbracciano. I creditori tutti sono invitati a vegliare sul proprio interesse.

Ma codesti creditori ipotecarî non sono garantiti dalle loro stesse ipoteche? Quelli specialmente, i cui immobili non sono colpiti dall'azione della moglie, perchè in dominio loro, qual danno possono temere da quel giudizio? Si risponde primieramente col voler della legge a cui non si può resistere. E quanto alla ragione di essa, può riconoscersi in quell'interesse generale che è in tutti coloro che hanno azioni personali (di cui sogliono esser forniti anco gl'ipotecarî) di sopravvedere le sospette operazioni del debitore. Bisogna dunque chiamarli tutti. Ma non è in quel giudizio che la moglie possa esercitare le qualsiansi sue azioni ipotecarie.

4. E se non in quella, potrà in altra sede esercitarle, sotto specie di assicurare le proprie doti, giusta la L. 30. C. de jure dot.? Non credo. L'ostacolo è meno in questo ordinamento che nel sistema ipotecario.

Noi teniamo per lungo ordine di giuristi, e per il §. 1629 del regolamento gregoriano che *l'assicurazione* non trasporta nella moglie la *proprietà dell'immobile.* Onde se parliamo di rivendicare la proprietà di beni immobili, cessa l'azione vendicatoria che supponiamo competere alla moglie, non essendole concessa che un'azione provvidenziale *a sequestrare i beni immobili del marito ed amministrarli.* Non meno estrano allo scopo dell'assicurazione è il farli vendere all'asta pubblica, sendochè il suo diritto verrebbe a realizzarsi sul prezzo: che concerne il soddisfacimento definitivo, e non l'amministrazione delle sostanze maritali. E ne conviene ognor più il §. 1650. che permette *misure assicurative pendente la lite:* provvisionale che non può cadere che sui beni posseduti dal marito.

Qualora poi siano gl'immobili del marito consegnati alla moglie per gli effetti del §. 1625. restano *salve ai creditori iscritti le loro azioni che possono esercitare in qualunque tempo.* Tanto è il rispetto che la legge professa ai diritti del terzo.

Digitized by Google

CAPO VII.

CONTINUAZIONE DELLA LEGISLAZIONE PONTIFICIA

SPECIALE INTORNO AL DIRITTO DELLA DOTE SUI BENI SOGGETTI A FEDECOMMESSO

§. CCLXXXI. — *Riassunto.*

§. CCLXXXII. — *I beni che il padre ha vincolati a fedecommesso sono ipotecabili a favore della dote delle figlie.*

§. CCLXXXIII. — *La regola proposta nel §. precedente vale eziandio nel caso che la istituzione del fedecommesso preceda il matrimonio e la costituzione della dote.*

§. CCLXXXIV. — *Della vera ragione della Autentica Res quae. C. comm. de legat.*

§. CCLXXXV. — *La dote che si estrae dal fedecommesso non dev' eccedere la giusta misura, benchè possa eziandio assorbire l'intero fedecommesso.*

§. CCLXXXVI. — *Come in alcuni casi speciali e frequenti si applichi il rimedio sussidiario dell' Autentica.*

§. CCLXXXVII. — *Della estrazione della dote sui frutti del fedecommesso.*

§. CCLXXXVIII. — *Della dote da costituirsi o da restituirsi coi beni del fedecommesso in quanto siano posseduti dal padre, dal marito, o dai coeredi in distinte porzioni.*

§. CCLXXXIX. — *La disposizione dell' Autentica Res quae vale non solo a favore delle figlie di primo grado, ma eziandio a favore delle nipoti e pronipoti, e discendenti del testatore in infinito.*

§. CCXC. — *Della proibizione del testatore.*

§. CCXCI. — *Delle qualità e prerogative che si richieggono in coloro che reclamano il beneficio dell' Autentica.*

Digitized by Google

§. CCXCII. — *Se il diritto della figlia a costituirsi la dote, e della moglie a ricuperarla sui beni del fedecommesso, sia trasmissibile agli eredi, o cessibile ad estranei.*

§. CCXCIII. — *Del ritorno dei beni al fedecommesso; e se sia possibile dappoichè i beni furono per giusta e legittima causa dotale alienati.*

§. CCXCIV. — *Per l' Autentica Res quae, e la universale dottrina, il fedecommesso ascendentale può alienarsi eziandio in causa della restituzione dotale.*

§. CCXCV. — *Come si decade dal beneficio dell' Autentica.*

§. CCXCVI. — *Della reintegrazione del fedecommesso.*

§. CCXCVII. — *Applicazioni ipotecarie. Idee d' ordine.*

§. CCXCVIII. — *Della necessità della iscrizione all' effetto che la donna, che invoca il sussidio dell' autentica per costituirsi la dote, possa perseguitare i beni del fedecommesso che sono in mano dei terzi possessori. E se sia d' uopo d' iscrivere allorchè la dote viene in luogo di legittima.*

§. CCXCIX. — *Della iscrizione da prendersi sui beni fedecommissarî per assicurare la dote dovuta in relazione all' autentica.*

§. CCC. — *Se e come il fedecommesso possa ipotecarsi o alienarsi a favore dei terzi.*

§. CCCI. — *Situazione della donna che invoca il beneficio dell' autentica a fronte delle detrazioni, o delle ipoteche costituite dall' erede gravato.*

§. CCCII. — *Quando comincia ad aver efficacia la ipoteca che deriva dall' autentica a favore delle doti.*

§. CCCIII. — *La ipoteca che deriva dall' autentica si pospone a quella dei creditori del defunto; ma è anteposta a quella dei legatarî.*

§. CCCIV. — *Come operino diversamente le ipoteche sul fedecommesso nei casi di reversione risolutiva o continuativa.*

§. CCCV. — *Osservazioni finali, e conclusione.*

Digitized by Google

§. CCLXXXI.

Riassunto.

Mi permetto un breve riscontro delle idee percorse, a luce del metodo.

La esposizione ipotecaria, come ogni altra, ha la sua parte storica che riguarda le leggi, come fatti avvenuti nel tempo. Nei primi §§. del Capo V. (*a*) toccai della storia della ipoteca legale nel periodo dell'occupazione straniera al pontificato. Posta la necessità della nuova forma (la iscrizione) esaminai 1.° se la forma abbia virtù meramente relativa, o piuttosto assoluta, come condizione dell'esercizio di qualsivoglia privilegio indotto dalle leggi antiche (*b*). 2.° Come si estenda e si limiti la potenza della generale iscrizione di titolo dotale (*c*). 3.° Quale sia la data naturale di tale ipoteca (*d*). 4.° Chi abbia il dovere d'iscriverla (*e*). 5.° Come si determini una iscrizione indeterminata di dote (*f*). 6.° Se e quando il matrimonio sia con dote, e come il capitale dotale possa e debba cautarsi colla iscrizione (*g*). 7.° Qual forma di documento si richiegga alla iscrizione legale della moglie (*h*).

Nel Capo VI. esaminai, se il privilegio dotale fosse dato all'azione o alla persona, e quindi se avesse o no fine allo sciogliersi del matrimonio (*i*); tolsi di mezzo o spiegai una obbiezione assai grave desunta dalla nostra legge vigente (*k*); mi feci a vedere alcune speciali combinazioni, anche ad illustrazione del

---

(*a*) Dal §. CCXLIX. al CCLIV.
(*b*) §§. CCLV. CCLVI.
(*c*) §§. CCLVII. CCLX. CCLXVIII.
(*d*) §. CCLVIII.
(*e*) §. CCLIX.
(*f*) §. CCLXI.
(*g*) Dal §. CCLXII. al CCLXIX.
(*h*) §§. CCLXI. CCLXII.
(*i*) §. CCLXXIII.
(*k*) §§. CCLXXIV. CCLXXV.

Digitized by Google

principio (*a*); considerai come il diritto dotale possa risuscitare, quando la donna ne sia privata (*b*); e quasi come episodio della vita coniugale, trattai dell'assicurazione delle doti (*c*), modo anomalo di restituzione, retto da leggi particolari.

§. CCLXXXII.

I beni che il padre ha vincolati a fedecommesso sono ipotecabili a favore della dote delle figlie.

1. La legislazione dotale estese ab antiquo il suo dominio sopra un cert'ordine di beni che sembravano sfuggirle, come quelli che il proprietario ad altro scopo avea destinati. Il vincolo fedecommissario fu spezzato; la dote, per così esprimermi, invase il fedecommesso. Se i padri sottraevano molta parte delle loro sostanze a profitto dei maschi loro prediletti, non poteva tollerarsi che ciò avvenisse a pregiudizio delle femmine, e dei loro diritti dotali. L'umano pensiero uscì dalle scuole dei giureconsulti, prima che dalla mente del legislatore. Ulpiano disse che la dote si poteva estrarre dal fedecommesso; operazione che non poteva chiamarsi sovversiva della volontà paterna (*d*), ma doveva tenersi ad essa rispondente; *quod et mulieris pudicitiae et patris voluntati congruebat.* Con ciò significando che non havvi padre il quale non curi il sommo bene della figliuola che è l'onore: stupendo concetto di un pagano! O che le voci dei privati responsi andassero disperse, come doveva spesso intervenire finchè non furono custoditi nel santuario delle leggi; o Giustiniano volesse il vanto di riformatore primario di questa parte della legislazione, mosso, com'ei dice, dai lamenti delle femmine derelitte, e meno filosofo di Ulpiano che vide nell'onere dotale

---

(*a*) §§. CCLXXVI. CCLXXVII.

(*b*) §. CCLXXVIII.

(*c*) §. CCLXXIX.

(*d*) *Non posse dici in eversionem fideicomissi factum* . . . L. mulier 22. D. ad. S. C. Trebell. §. cum proponeretur.

Digitized by Google

sul fedecommesso un modo di adempiere al voto del padre, volle che i beni del fedecommesso fossero capaci d'ipoteca, e potessero alienarsi a soddisfazione delle porzioni legittime, e delle doti dovute alle figlie (*a*). In effetto Giustiniano derogò un'altra sua legge (*b*), nella quale aveva condannato il *tenebrosissimus error* di coloro che presumevano di potere impunemente ipotecare ed alienare i beni soggetti a fedecommesso (*c*). Onde Irnerio formulò la celebre autentica (*d*).

2. Ciò fu una vera estensione della idea di Ulpiano. Esso parlò del diritto che ha la figlia di costituirsi una dote sui beni che ritiene dal padre a titolo di fedecommesso; Giustiniano sottopose al diritto legittimario e dotale i beni da altri fidecommissarî ritenuti; e nel vocabolo *liberis* (*e*) comprese i discendenti.

3. Per regola adunque, la ipoteca generale che la figlia iscrive o a carico dei beni della successione, o a carico di quelli del padre obbligato a dotarla, colpisce eziandio i beni ch'egli ha sottoposto a vincolo di fedecommesso (*f*).

(*a*) De restitution. et ea quae parit. etc. Novell. XXXIX. Praefati. et Cap. 1. Sarebbe una limitazione ad un'altra regola generale introdotta nella legislazione, come si espresse l'imperadore — *si enim et ante nos ex generalibus hypotecis plurima per praesumptionem exceperunt . . . . ?* Regola che si trova nella L. 6. D. de pign. et hypot.: non contenersi nella ipoteca *ea quae verosimile est quemquam obligaturum non fuisse.* Secondo la bella sentenza di Ulpiano invece deve tenersi che il padre avesse per sottinteso il diritto delle figlie, e non avesse vincolato a fedecommesso che quanto potesse comodamente avanzare da tale legittima detrazione.

(*b*) L. si duobus 3. C. comm. de legat.

(*c*) Della *missio in rem* di cui parla Giustiniano sì in quella legge che nella nov. 39. V. Inst. de fideic. haered. §. 7.

(*d*) Res quae Cod. comm. de legat.

(*e*) Che non ha un significato più esteso di figli, osserva Menoch. De praesumpt. Lib. 4. P. 189.

(*f*) Tutto questo dicesi anche del *fedecommesso particolare quando non extant alia bona.* Bald. ad Ant. Vel quae N. 6. Ibid. Castrens. et Ias. ma intendi *in subsidium*, esaurito cioè il fedecommesso universale — De Luca De Dote Disc. 44. Vedi però il §. CCXCIX.

Digitized by Google

§. CCLXXXIII.

La regola proposta nel §. precedente vale eziandio nel caso che la istituzione del fedecommesso preceda il matrimonio e la costituzione della dote.

1. La dottrina è comune (*a*). E deriva dal testo che considera i beni fidecommissarî come il naturale supplemento alla insufficienza della dote, costituita o no, e si estende alla restituzione, come or ora vedremo (*b*). Antonio Fabri sostenne il contrario con quel rumore ch' egli suol fare, e con quella singolarità che gli è propria (*c*). Imputa Irnerio di errore nella compilazione della sua autentica; il povero Irnerio è avvezzo a codeste imputazioni d' inesattezza. Egli dice che Giustiniano non guardò che ai fedecommessi istituiti dopo la dotazione, onde non fosse tratto in inganno il marito che o contrasse prima del fedecommesso, o anche dopo, ma ignorandolo, accettò una dote di picciol conto che altrimenti accettata non avrebbe. Falso concetto! Lo scopo del legislatore si è che la figlia non abbia a restarsi indotata, o almeno fortemente pregiudicata da quella distruzione che produce il fedecommesso; sicchè è indifferente il tempo in cui esso è creato. Oltredichè, se non si trattasse che d' istituzione posteriore alla dote, si dovrebbe escludere il diritto di agire sul fedecommesso anche per la restituzione di essa, come un po' più sopra osservammo.

(*a*) Peregrin. de fideicom. Art. 42. Oddus de fideicom. qu. 40. art. 2. 3. Fusar. de substit. Quaest. 531. Fontanella de pactis nupt. Claus. L. P. 2. Petra de prohib. alienat. Quest. 8. N. 352. etc.

(*b*) Nov. 39. C. 1. Aut. res quae.

(*c*) Defin. 4. Tit. 23. ad Lib. 6. Cod.

Digitized by Google

§. CCLXXXIV.

Della vera ragione dell' Autentica res quae.

Tre ragioni sogliono addursi. *Il favore della dote* ossia il pubblico favore (*a*). È un elemento senza dubbio ch' entra in larga dose nello spirito della disposizione, ma vuol essere associato ad altri (l' ordine di parentela, come dirò più avanti). È seconda la presunta volontà del testatore, che è bella ragione, ma non sempre vera, poichè il testatore può anche venire nella espressa contraria, e tuttavia non può esimere il fedecommesso dalla detrazione dotale. Vera e immediata e sola potente ragione è la legale necessità che stringe il padre fedecommittente a dotare la figliuola (*b*) col concorso di tutte le forze, di cui non gli è lecito sottrarre volontariamente una parte per farne un regalo altrui, a costo di menare la figlia al talamo fra i cenci. Nell' ultimo conto è la legge che subentra a correggere la ingiusta largizione paterna, che Ulpiano reputava piuttosto errore d' intelletto che perversione di volontà; sicchè il legislatore non avrebbe fatto che ridestare la molla assopita dei naturali affetti nel cuore paterno.

§. CCLXXXV.

La dote che si estrae dal fedecommesso non dev' eccedere la giusta misura, benchè possa eziandio assorbire l' intero fedecommesso.

1. Noi partiamo sempre dal principio che il padre o altro ascendente di linea paterna è tenuto a dotare la figlia o nipote coi beni del fedecommesso, quando altronde non possa venirle

---

(*a*) L. 1. D. solut. matrim.

(*b*) Menoch. de arbitr. jud. Cas. 182. N. 66. et de Praesumpt. Lib. 4. Praes. 189. N. 5. 24. et 103. — De Luca De Dote Disc. 38. N. 9.

Digitized by Google

assegnata *la dote congrua*. Bisogna quindi guardarsi da ogni eccesso; nè pretendere di fare un matrimonio illustre con personaggio superiore in dignità alla condizione della donna, largheggiando nella dote a spese del fedecommesso (*a*). La dote eccessiva si può ridurre a termini onesti dal buon ufficio del giudice (*b*). Perciò è introdotto il lodevol costume della uguaglianza delle doti fra le figlie, sicchè l'una non avanzi tanto sull'altra in guisa che sembri fatto in fraude ed offesa dei diritti del fedecommissario (*c*). Non è il caso delle doti pompose; noi ci stringiamo nei termini della necessità. *Necessità di convenienza*, aggiunge il De Luca (*d*), *non di natura*, tuttavia entro più stretti limiti di quelli che sarebbe permesso al padre, o si darebbe in luogo del padre vivente (*e*). Sisto V., il grande riformatore, pose regola anche alle doti, moderandole nella somma di sc. 5500. Secondo le idee economiche di quella età, il limite della costituzione (*f*) favoriva la ricchezza del paese, affinchè troppo denaro non emigrasse nei patrimonî dei foresi; laddove un cittadino romano poteva benissimo disposarsi con maggior dote. Ma la Sistina si andava derogando con ispeciali rescritti pontificî, finchè cadde del tutto. Grande influenza su questa materia della tassa delle doti hanno i tempi e gli usi delle famiglie, secondo la scala delle condizioni, e conviene riportarsene al savio arbitrio dei tribunali.

(*a*) Peregrin. de fideicom. art. 42. N. 108. Fusar. de subst. qu. 531. La misura si toglie piuttosto dalla condizione della donna che da quella del marito, insegna anche la Rota nella Rom. resciss. cor. Corrado Dec. 142.

(*b*) Ibi. ad Marta de success. P. 4. Qu. 21. art. 10. N. 32. Rota Rom. decis. divers. P. 4. Dec. 131.

(*c*) Detta decis. 131.

(*d*) De dote disc. 41. 42.

(*e*) Rota apud Cavaler. D. 645. N. 1. e 298. N. 2. citata anche dal Card. De Luca d. disc. 42.

(*f*) Fra quelle di Sisto V. la 59.ª

Digitized by Google

2. Ci hanno casi nei quali la dote può distruggere il fedecommesso, importando l'alienazione della totalità dei beni che vi sono soggetti. E avviene quando una parte di essi non basta alla dote congrua. *Ragione positiva;* Giustiniano, ordinando l'alienazione, qualora gli altri beni non fossero sufficienti, autorizzò implicitamente l'alienazione del totale; *ragione giuridica;* sempre il debito (aes alienum) si detrae dal fedecommesso (*a*), e la dote è debito sacro. Non può opporsi che almeno si preservi la quarta al fedecommesso (*b*); imperocchè questa porzione suppone un avanzo nei beni fedecommissarî; avanzo che non esiste quando la sostanza del fedecommesso è superata dal debito (*c*).

§. CCLXXXVI.

Come in alcuni casi speciali e frequenti si applichi il rimedio sussidiario dell' Autentica.

1. A buona applicazione del rimedio sussidiario si fa necessario distinguere, fra i beni liberi che la *stessa dotanda possiede;* fra quelli che possiede *il marito* obbligato alla restituzione; e fra quelli finalmente del padre, o di altro ascendente, tenuto alla dotazione. Dei beni che alla donna e al marito appartengono bisogna tener conto sino all'ultimo valore, chè tutti e interamente soggiaciono al peso della costituzione o restituzione dotale. Quanto ai beni del padre, si dee procedere con maggiori riguardi e cautele. Il padre ha da vivere con quei beni; ha da vivere con una certa comodità; ha gli altri figli da mantenere. Onde il De Luca, dal quale tolgo questa dottrina (*d*), con ragione avvisa che, se il padre mentre dee dar la dote, non ha superfluo che gli

(*a*) L. a filia D. ad Trebell.

(*b*) Aut. contra rogatus C. ad Trebell.

(*c*) Peregrin. de fideicom. d. art. 42. N. 26. Boss. pag. 903. N. 128. Menoch. Praes. 189. Part. 4. N. 8. a 22.

(*d*) De dote disc. 41.

Digitized by Google

valga a privarsi di alcuna sua sostanza senza impoverire, e sia in presenza un avolo o un bisavolo, ordinatore altero di un largo fedecommesso, può questo fedecommesso colpirsi dall'azione della dotanda, e da esso, anzichè dai beni paterni, cavarsi la dote (*a*).

2. La prova incombe sempre a colui che spiega qualità di attore in giudizio. Se è la donna che venga chiedendo o la dotazione o il pagamento sui beni del fedecommesso, dee provare la inesistenza o insufficienza dei beni liberi, e la congruità della dote o assegnata o richiesta; se all'erede fedecommissario giova contraddire la misura della dote già costituita, o la giustizia dell'alienazione già seguita, dovrà caricarsi della prova contraria (*b*).

§. CCLXXXVII.

Della estrazione della dote sui frutti del fedecommesso.

Allorchè la legittima e la trebellianica, dovute alla figliuola del testatore o del gravato, non saldano la sua dote, e l'erede fedecommissario abbia sì feconda messe di frutti raccolta che la dote possa esserne formata senza diminuzione della sostanza, è massima comune che così debba farsi (*c*). Parliamo *di frutti esistenti* (*d*). Specie di patrimonio libero con cui il gravato può dotar la figliuola, o costei dotare se stessa. Singolare che i frutti del fedecommesso percetti dai figli di primo grado nella legittima o trebellianica non vengano imputati; certamente a ristoro della sostanza fedecommissaria che deve salvarsi quanto è possibile (*e*).

(*a*) Tutto ciò deve dirsi anche per gli arredi e acconci dotali, considerati della natura della dote — Fusar. de subst. qu. 531. N. 39.

(*b*) De Luca Disc. eod.

(*c*) L. mulier §. cum proponeretur D. ad trebell. — ibi quod si tantos fructus ex haereditate mulier percepit, ut inde poterit satisfieri, dicendum *potius fructibus hoc expensum ferendum*.

(*d*) I consunti in buona fede non si restituiscono. Aut. res quae. Fusar. quaest. 531. N. 120. Merenda controv. T. 4. Lib. 19. C. 28.

(*e*) L. scimus C. de inoff. testam. L. jubemus C. ad Trebell.

Digitized by Google

§. CCLXXXVIII.

Della dote da costituirsi o da restituirsi coi beni del fedecommesso in quanto siano posseduti dal padre, dal marito, o dai coeredi in distinte porzioni.

1. Il caso che fa il Bossio, molto osservabile in pratica, è il seguente.

Tizio ha tre figliuoli: Sempronio, Lucio, e Trajano, tutti eredi istituiti, e vicendevolmente fra essi, e i loro figli e discendenti maschi, sostituiti in perpetuo. Uno di essi, che sarà Lucio, muore senza figliuoli, onde la porzione di lui deriva per causa della sostituzione agli altri fratelli superstiti. Uno di costoro, diremo Sempronio, ha una figlia ch'egli di buona dote provvide, non solo colla porzione del suo proprio fedecommesso, ma eziandio con quella che a lui pervenne dalla sostituzione di Lucio predefunto. Ora succede che, essendo quel Lucio morto senza figli maschi, come vogliamo supporre, il superstite Trajano o suoi figli maschi, presumono di accrescere a se la porzione che a Sempronio ricadde, per la morte di Lucio, e da lui trasferita per ragion di dote alla figlia. Di che si fanno a perseguitarla, sostenendo che Sempronio non potesse costituirle in dote quei beni che non erano suoi. I giuristi si dividono quasi di netto in due opinioni, di cui l'affermativa sembra la migliore, seguìta dalla Rota e dai moderni. Dicono i primi (tra i quali è notevole il celebre scrittore del fedecommesso (*a*)) che l'autentica restringe la sua applicazione ai figli o figlie del gravato; e che l'aver nominato eredi i fratelli è segno di predilezione sì distinto, che sarebbe come un far ingiuria alla intenzione del testatore. Gli altri sentono invece che la ragione della predilezione cessa innanzi ad altra assai più forte: ed è questa, che, se il testatore vivesse, sarebbe tenuto a dotare la nipote con ogni parte

---

(*a*) Peregrin. Art. 42. N. 55.

Digitized by Google

della sua sostanza (*a*). Onde *unica portio reputatur*, momentaneamente *et sub conditione* divisa, alla condizione cioè che i figliuoli, che ne hanno legale diritto, non la richiamino a se; e allora nasce il fenomeno giuridico, nè raro nè strano, che le parti divise si ricongiungano, per tacita operazione della legge, e tutte insieme si prestino alla soddisfazione dei legittimi diritti dei figli, altrimenti non potrebbero produrre l'effetto che si ricerca.

2. Tutto ciò è chiaro e indubitato *quando la porzione caduca del fedecommesso si trova presso il padre tenuto alla dotazione, o presso il marito tenuto alla restituzione;* e nell'uno e nell'altro caso la virtuale ricongiunzione delle parti che esistono bensì *in eodem subjecto juris*, ma separati nei loro rapporti derivativi, si opera *ministerio legis*, come si è detto.

3. Ma quando incontra che i beni fedecommissarî siano in mano ad altri che al marito e al padre, bisogna distinguere il caso della *costituzione*, da quello della *restituzione della dote*, essendo il primo senza misura più favorevole del secondo.

E quando si tratti di *costituzione*, *a favore di fanciulla del sangue e discendente dal testatore*, la dotanda ha la sua intenzione fondata nei beni del fedecommesso posseduti dai parenti come fratelli e zii, specialmente se costoro siano altronde provveduti a sufficienza di beni liberi.

4. Supponendo poi il caso che le porzioni del fedecommesso siano pervenute a *più lontani parenti ai quali personalmente non corre l'obbligo della dotazione*, si osservi se la richiedente sia in tal grado posta che vestendo qualità maschile potesse concorrere con quei possessori del fedecommesso; sicchè essendo femmina, in premio, come dicono, della esclusione, abbia diritto di parteciparvi sotto nome di dote.

5. Ove si parli *di restituzione* (materia che verremo visitando in alcuno dei §§. seguenti) non suol ammettersi il regresso sopra le porzioni separate, e divise fra i coeredi del fedecommesso, che non siano lo stesso padre e marito.

(*a*) Petra de fideicom. q. 8. N. 409. Hodierna Ann. Annot. ad Dec. 62. N. 98. Rota Decis. 889. N. Part. 4. divers. Rota apud Merlin. Decis. 657. De Luca de Dot. Disc. 39. N. 11.

Digitized by Google

6. Ma quando il fedecommesso è disceso in linea diversa, non è lecito il transito dall'una all'altra, nè confondere le successioni, dovendo ogni linea esaurirsi sino all'ultimo suo punto; onde cessa in tal caso alla femmina la speranza di valersi su quelle parti del fedecommesso che appartengono ad altre linee da quella in fuori ove i suoi autori hanno sede (*a*).

§. CCLXXXIX.

La disposizione dell' Autentica Res quae vale non solo alle figlie di primo grado, ma eziandio a favore delle nipoti e pronipoti, e discendenti del testatore in infinito.

1. Noi abbiamo sempre innanzi la quistione dell'obbligazione della sostanza fedecommissaria a costituire o sussidiare la dote, in mancanza di beni liberi sufficienti.

2. A favore dei figli e figlie del testatore, ovvero dei nipoti e pronipoti di lui, eredi gravati, come in primo luogo successibili nella eredità, e già nati e concetti prima della morte del testatore, parlarono giuristi di chiaro nome (*b*). Fidati nel testo (*c*) che non accenna che ai figli e figlie, nipoti e pronipoti del fedecommittente, ne inferirono che solamente coloro che hanno diritto alla legittima vengono nella considerazione dell'autentica. Osservano poi essere estranei al testatore, (quanto all'obbligo della dote) quelle nipoti e discendenti che, lui vivente, non erano nate nè concette (*d*); laonde non essendo nella persona del testatore radicata obbligazione veruna, ripugna che obbligazione non esistente nell'autore sia trasfusa negli eredi. Questo, dice Alciato, sarebbe un distruggere il fedecommesso, dato a divorare

---

(*a*) De Luca de dote Disc. 38. dal N. 11. ad fin.

(*b*) Angelus in Auth. Alciat. respons. 640. Peregrin. de fideic. Art. 42. N. 36. 37. Merenda contr. jur. etc. 4. Lib. 22. C. 35. per tot. etc.

(*c*) L. mulier §. cum proponeretur D. ad Trebell. §. quamobrem Aut. de restitut. da cui Irnerio tolse il suo compendio.

(*d*) L. 6. e 8. D. de suis et legitim. haered.

Digitized by Google

ad una miriade di femmine, delle quali non possiam contare il numero.

3. La sentenza contraria è del Bartolo (*a*), del Menochio (*b*), del Bossio (*c*), dell'Oddus (*d*), del Marta (*e*), e di altri molti, e nel tribunale della Rota è frequente (*f*). Questi trovano che il vocabolo *liberis* adottato dall'Autentica è molto elastico, e maravigliosamente si estende ai discendenti per linea retta del testatore, pei quali tutte militano le ragioni dell'autentica, il favor delle doti, l'utilità pubblica, l'interesse della morale, la carità del sangue. Hanno per povera obbiezione quella, che il testatore defunto non contrasse, vivendo, obbligazione di dotare le femmine che dopo la morte sua vider la luce. Perciocchè si considera il testatore come vivente, o redivivo nella sostanza che da lui emana; laonde dalla legge verso i suoi discendenti pietosa, gli si attribuiscono, come a persona viva, i cari affetti di padre e d'avolo che veglia sull'onore e sul benessere delle figliuole e nipoti.

E per queste e per altre ragioni che non discorriamo per amore di brevità, si conferma la proposta estensione dell'Autentica.

§. CCXC.

Della proibizione del testatore.

1. La proibizione di alienare esposta *verbis generalibus* non osta, ed ha luogo nonostante la disposizione dell'autentica (*g*). Legge

---

(*a*) In L. e filia D. ad Trebell. in Auth. Res quae.

(*b*) Praes. 189. N. 18. e seqq. Lib. 4.

(*c*) De Dote Tract. C. 15. N. 162.

(*d*) Qu. 40. N. 10. etc.

(*e*) De success. P. 4. Qu. 21. art. 10. N. 4.

(*f*) Decis. 37. Decis. 642. N. 4. P. 1. divers. Decis. 889. N. 4. P. 4. ibi etc.

(*g*) Bald. in Aut. Menoch. de Prae. 189. Grass. §. fideicomiss. qu. 57. N. 2. Fusar. de subst. Q. 531. N. 74.

Digitized by Google

d' ordine pubblico, non si cura della volontà del testatore *qui potestatem non habet.*

2. Questa medesima ragione rende inutile la proibizione *speciale* (*a*). Non può il privato derogare, con qualsivoglia espressione, al pubblico diritto. Si par disonesto quell' abbandono delle femmine del sangue, quel lasciarle esposte alla corruzione della miseria. Si scusa persino la imprudenza del testatore, interpretandosi la sua volontà come rivolta a quei casi ove necessità non stringe e si possa altronde provvedere. Credo solo che il divieto del testatore imponga la maggior parsimonia, e restringa quanto è possibile l' arbitrio del giudice.

3. Non meno inutile è la proibizione se il fedecommesso è introdotto in un contratto fra vivi; purchè il contratto sia a vero *titolo lucrativo non oneroso* (*b*).

§. CCXCI.

Delle qualità e prerogative che si richieggono in coloro che reclamano il beneficio dell' Autentica.

1. *Fedecommesso in persona estranea al testatore.* Potranno le figliuole e discendenti di quell' estraneo invocare il beneficio dell' autentica per essere dotate a spese del fedecommesso? Vi piaccia tenere la negativa con Bartolo e Baldo (*c*), che uniti pesano assai e con tutti i giuristi in generale; poichè discendendo il beneficio quasi dal cuore del testatore che abbraccia nel suo paterno affetto coloro che avrebb' egli stesso beneficati vivente, non

---

(*a*) Insegnano Paolo De Castro Cons. 80. Lib. 1. Oddus art. 5. N. Fachineo Contr. jur. Lib. Marta de success. P. 4. Qu. 21. art. 10. N. 55. Fusar. qu. 531. N. 7. Guido Papa qu. 96. Fontanella, Bossio, Menochio ed altri moltissimi.

(*b*) Curtius Iun. in Aut. Res quae. — Bossio C. XV. N. 182. Fontanell. de pact. nupt. P. 2. N. 94. etc. benchè la massima abbia contraddittori specialmente nei glossografi più antichi.

(*c*) Ad autent. — Oddus qu. 38. art. 39. art. 1.

Digitized by Google

vogliamo privilegiarne gli estranei sempre meno diletti di quegli, pure estranei, che furono istituiti e sostituiti eredi (*a*).

2. È ferma oggidì e indubitata la regola, che o si ragioni di dote costituenda o restituenda, il diritto dell'Autentica non opera che *nei fedecommessi ascendentali* (*b*).

3. Generalmente parlando, *il fedecommesso materno* non è tenuto a dotare le figliuole della testatrice, perchè la madre vivente nol dovrebbe. Ma, se il padre è povero, nè altro ascendente possa adempiere l'ufficio sacro della dotazione, nè la figliuola abbia mezzi proprî, accorre, come è noto, in sussidio la madre. Così il fedecommesso. Esso è obbligato alla dote se ed in quanto, e come lo sia la madre o l'avolo materno che ne fu l'autore (*c*); correlazione d'idee che abbiamo veduto ripetersi in tutti i casi nei quali si applica l'Autentica.

§. CCXCII.

Se il diritto della figlia a costituirsi la dote, e della moglie a ricuperarla, sui beni del fedecommesso, sia trasmissibile agli eredi, o cessibile ad estranei.

1. La figlia vivendo non si diede cura di provvedersi sui beni del fedecommesso a ristoro del suo diritto dotale; trasmette essa quel diritto ai proprî eredi?

La quistione ha una certa affinità con quella trattata nei §§. CCLXXIV. CCLXXV. non meno interessante per gli effetti ipotecarî.

(*a*) Eccezione. Se il gravato non è tenuto a restituire fuorchè *l'avanzo* egli può far due cose 1. alienare sino alla quarta parte dell'eredità secondo *l'Aut. contra rogat. Cod. ad Trebell.* 2. alienare il resto del fedecommesso purchè ciò sia a dotare le proprie e non le altrui figlie, secondo la buona dottrina del Marta de success. P. 4. Qu. 21. art. 10.

(*b*) De Luca de dote Disc. 45. La Rota moderna Decis. 10 Mart. 1826. cor. Isoard.

(*c*) Menoch. de Praes. Lib. 4. Praes. 189. N. 26. Peregrin. art. 42. N. 45. Gratian. Disecp. T. 2. C. 331.

Digitized by Google

Brevemente — Il diritto, come quello che non è *personale* ma *reale* (V. §§. suddetti) è trasmissibile. Quanto alle persone capaci di succedere, distingui. La donna trasmette *a suoi figli-eredi* il diritto di reclamar la dote sui beni del fedecommesso, poichè da essa acquistato col fatto puro e semplice del matrimonio, anche senza ulteriore manifestazione di volontà (*a*). Trasmette *eziandio agli eredi-estranei* il diritto di tassare ed estrarre la dote dai beni del fedecommesso, qualora, già maritata, *si costituì la dote nominatamente sui beni del fedecommesso, ancorchè la estrazione non sia materialmente seguìta*, essendo *jus deductum in esse saltem inchoative*, come dicono gli autori (*b*).

2. *Agli eredi estranei* passa eziandio il diritto di estrarre la legittima dai beni del fedecommesso, quando la dote sta in luogo di legittima, posta la esclusione della femmina *propter masculos* ordinata dallo statuto: diritto che la donna trasmette ancorchè non tocca da matrimonio (*c*).

Noi qui parliamo propriamente *di legittima* in quanto è rappresentata dalla dote; rappresentazione che non può concepirsi che all'epoca del matrimonio. Prima che la dote sia costituita, o almeno che il gius potenziale della dote sia creato dal fatto del matrimonio, o dalla promessa sposalizia, non si trasmette, a dir proprio, che il diritto della legittima non quello della dote. Si trasmette il diritto della dote se fu *dal testatore assegnata, o dal tribunale decretata, o richiesta* almeno dalla donna prima di morire. Diciamo allora essere *jus formatum;* l'istanza di lei apre a suoi successori il campo della discussione, quasi a continuare il processo esecutivo da lei incominciato (*d*).

3. La moglie, che chiuse gli occhi prima del marito, trasmette ai proprì eredi *eziandio estranei*, il diritto di ricuperare la dote sui beni del fedecommesso, se il marito non possegga facoltà

(*a*) Bossio de dote Cap. 15. N. 239. Peregrin. de fideic. art. d.

(*b*) Menoch. Praes. 189. Lib. 4. N. 154. Et Cons. 33. N. 43. De Castro ad Aut. Res quae N. 8. Peregrin. art. 42. N. 42.

(*c*) Peregrin. d. Art. 42. 43. Bossio l. d. N. 241. Oddus art. 13. N. 178.

(*d*) Peregrin. d. Art. 42. N. 43. Oddus art. 13. N. 178.

Digitized by Google

sue proprie (*a*). Col matrimonio aveva acquistato quel diritto; e ogni diritto quesito è una proprietà trasmissibile agli eredi.

4. Ma può cedersi tale diritto a titolo singolare? Nessun dubbio rispetto ai figli (*b*); ma è quistione rapporto agli estranei. La disputata teoria può compendiarsi in queste poche parole. Se il diritto fu dedotto ad atto (deductum in esse) colla estrazione almeno intellettuale, il diritto può cedersi a qualunque persona. Negli altri casi può distinguersi con Bartolo fra la cessione *volontaria e necessaria* (*c*), e con Baldo Novello, fra cessione fatta in comodo e vantaggio della donna; o in comodo e vantaggio del cessionario (*d*). Meno rigorosa la teoria di Baldo, più favorevole ed equa, non discorda in sostanza da quella del maestro; come dagli esempî recati dal seguace Menochio, appare manifesto. Può adunque la donna cedere anco agli estranei il suo diritto, se *in qualche modo vi sia costretta dal proprio interesse; e quindi non mai a titolo lucrativo.*

§. CCXCIII.

Del ritorno dei beni al fedecommesso; e se sia possibile dappoichè i beni furono per giusta e legittima causa dotale alienati.

1. Il padre ha costituita la dote alla figliuola colla sostanza del fedecommesso ascendentale, la poveretta è morta, e la dote è ritornata al padre che non è l'autore del fedecommesso. Si domanda se il padre, erede gravato, sia tenuto di restituire e

---

(*a*) Menoch. Cons. 33. N. 43. 44. Cancer. var. resol. P. 1. C. 9. N. 175.

(*b*) Testo nell'Autent. ut ex actione inst. dot. in princ.

(*c*) In L. post. dotem N. 34. D. solut. matrim. et in L. 1. C. de priv. dot.

(*d*) De dote P. 12. q. 9. Menoch. Praes. 189. P. 4. N. 153. 154. Boss. l. c. N. 246.

Digitized by Google

incorporare al fedecommesso quei beni o quel valore che fu sottratto per costituire la dote (*a*).

Bisogna procedere colla sentenza *negativa*, che è comunissima (*b*). Il valore una volta legittimamente partito dal fedecommesso, non ritorna più: l'alienazione è irrevocabile e perpetua (*c*).

2. Ne segue che quando muore la dotata, quella sostanza si trasporta per diritto ne' suoi eredi, anco estranei (*d*).

Havvi però dei casi nei quali il fedecommesso deve rintegrarsi; di che verrà il parlare dopo fermata la teoria seguente.

§. CCXCIV.

Per l' Autentica Res quae, e la universale dottrina, il fedecommesso ascendentale può alienarsi eziandio in causa della restituzione dotale.

1. La quale sentenza è fondata in una legge di Giustiniano, e da tale principio mirabilmente si svolge in tutte le sue conseguenze.

Al pietoso Giustiniano si offre il caso lacrimevole di una vedova che combatte contro il fratello del defunto marito, il quale, pretestando un diritto di successione al fedecommesso, tende a privarla della sua dote. Il caso abbraccia anche il fatto della restituzione. Il legislatore pronuncia che *la causa della dote deve*

(*a*) Se il matrimonio si scioglie per la *premorienza del marito* allora non è quistione; la dote rimane in proprietà della vedova.

(*b*) Cancer. var. resolut. T. 111. Tit. 21. N. 211. Costa de remed. subsid. R. 6. N. 8. Salgado Labyr. cred. Par. 111. Cap. 4. N. 27. 28. etc.

(*c*) Add. Peregrin. de fideic. art. 42. N. 24.

(*d*) Angelus in Aut. de restitut. et ea quae — Menoch. Praes. 189. L. 4. N. 193. — La massima che *res semel extracta amplius non redit ad fideicomissum* è riconosciuta dal De Luca De dote disc. 47. Ciò s' intende quando l' estrazione è stata fatta *jure dominii*. Rota in bonon. fideic. 18 Maii 1643. cor. Dunozett. e la moderna cor. Muzzarelli Centumcell. delat. hypoth. 18 Mart. 1833.

Digitized by Google

preferirsi a quella del fedecommesso, e la donna avere diritto di conseguire da quella sostanza e la dote e la donazione *propter nuptias*. Evidente si pare lo spirito di quella legge. Se la dote può perdersi, se non è dato il ricuperarla, la donna ricade indotata; e la speranza dei futuri matrimoni è svanita. Ci va di mezzo l'utilità generale: questo è lo scopo finale dell'Autentica. Sembra l'argomento afforzarsi dal considerare che se il fedecommesso è tributario alla dote da costituirsi, che alla fine è lucro e guadagno alla femmina che sospira le nozze, tanto più dovrà piegarsi a riparare quel danno ch'essa soffre, quando, fatta a se stessa la dote col proprio avere, ebbe poi la sventura di restarne priva. Nè quella legge che fu generosa tanto da estendere il privilegio persino all'aumento e alla donazione *propter nuptias*, poteva non mostrarsi curante del diritto della restituzione che contiene tutto l'avvenire della sventurata a cui non rimane più che la miseria e il duro servire. E dallo stesso istitutore del fedecommesso discende un argomento di affetto verso il figlio o nipote gravato di un vincolo, che fragile troppo, s'infrange innanzi al grande e vitale interesse o di costituire la dote alla figliuola, o di renderle giustizia con una restituzione che non può avere d'altronde.

2. E anche per soccorrere alla *restituzione* può alienarsi l'intero fedecommesso, se sia necessario, ma il fatto spesso indica degli ostacoli o suggerisce delle cautele che la teoria non prevede, attesochè la *restituzione*, come or ora diremo, è assai meno favorevole della *costituzione*. Devesi principalmente avvertire alla quantità e convenienza della dote costituita, la quale se fosse eccessiva, darebbe ragione al fedecommissario di non voler rispondere di tanta somma (*a*). Ed è ben chiaro che operando il beneficio in *subsidium*, il fedecommissario non può essere molestato, finchè al marito avanzano beni liberi capaci di soddisfare il debito (*b*).

(*a*) Oddus Quaest. 44. art. 2. N. 46. §. CCLXXV.

(*b*) Peregrin. de fideicom. d. art. 42. N. 66. et Decis. 125. Bossius de dote C. 15. N. 270.

Digitized by Google

3. I facili forensi hanno estesa la competenza del beneficio, al primo, al secondo, e al terzo matrimonio (*a*) (e perchè non ancora a quanti una donna può contrarre?), affermando che per tutti e sempre domina la ragione identica, l'interesse pubblico; quello di favorire l'incremento della popolazione, direbbero gli economisti sul fare del Gioia.

4. La restituzione può essere divenuta impossibile per colpa o sventura sì del marito che del padre. Il padre assegnò la dote e non la soddisfece. Era idoneo allora, poi è caduto in impotenza: tanto è: la donna si rifà sui beni del fedecommesso. Il fedecommesso è il suo debitore immediato; e voglio dire ch'essa non è *obbligata ad escutere i terzi* nei quali siasi trasferita alcuna parte di quella sostanza (*b*).

5. Ma l'azione di restituzione non si esercita sul fedecommesso, *se non in difetto di beni liberi del padre o marito.*

Giova sapere *in qual tempo* abbia a verificarsi la esistenza di beni liberi.

E col De Luca distingui (*c*). Pongasi che niuna dote sia stata costituita all'atto del matrimonio; che si chiegga in appresso; che frattanto la moglie acquisti delle proprietà libere. Niun diritto ha costei sul fedecommesso. Niun diritto ugualmente se la dote si fosse *prima del matrimonio* assegnata sui beni del fedecommesso, ma *prima del matrimonio* la donna avesse conseguito beni liberi e sufficienti. Per la virtù del quale acquisto, la provveduta, non potrebbe valersi di quella sua preventiva assegnazione, chè dote non può chiamarsi perchè non accompagnata dal matrimonio, e s'ebbe alcun valore, cessò all'apparire dei beni patrimoniali, quasi costituita sotto condizione risolutiva.

6. Ora supponiamo la costituzione della dote; supponiamo il matrimonio, il difetto del pagamento, e l'impotenza economica

---

(*a*) Cancer. var. resolut. p. 1. C. 9. N. 188.

(*b*) Fusar. de subs. qu. 533. N. 7. et seqq. Rota cor. Coccin. Pesar. fideicom. 8 Febb. 1627. De Luca de dote disc. 145. N. 55.

(*c*) D. disc. 145. N. 72.

Digitized by Google

del dotante; e l'acquisto avventurato di beni che la donna consegna prima di avere spiegata la sua domanda di restituzione contro il fedecommesso. E conviene rispondere a favore del fedecommesso, tolto il solo caso che il padre, *nel tempo in cui costituì* la dote fosse assolutamente povero d'ogni sostanza, tenendosi allora ch'egli obbligasse *simpliciter* i beni del fedecommesso *da lui posseduti* indotto dalla necessità della sua posizione; laonde può argomentarsi *un gius quesitum* sin da quel tempo in favore della dotata. E detto abbiamo *da lui posseduto*, poichè se il fedecommesso *era in dominio e possesso di terzi*, non potrebbe l'argomento sostenersi.

7. Finalmente, può fingersi che il costituente non avesse beni proprî; che assegnasse la dote sui beni fedecommissarî da lui posseduti; che morto il marito, la vedova (senza figli) s'invaghisse d'altre nozze, e nell'intervallo di vedovanza acquistasse dei beni onde provvedere alla dote del secondo connubio. Essa deve starsene contenta, nè altro pretendere, dovendosi in questo caso *riguardare il tempo in cui la donna fece l'acquisto dei beni liberi*. La prima dote era già tornata al padre di pieno diritto (*a*); un nuovo fatto giuridico era mestieri per costringere il padre alla costituzione della seconda dote; ma la donna si trovò già provveduta al momento di spiegare l'azione, invocando l'ufficio del giudice.

§. CCCXV.

Come si decade dal beneficio dell' Autentica.

Noi continuiamo il discorso sulla *restituzione* che è rimedio alquanto aspro, e che di leggieri trascorre nella ingiustizia.

È colpa della donna chiuder gli occhi sulle dissipazioni del marito; non curarsi di riscattare le sue doti finch'esso può, aspettare che la sua rovina sia consumata, e poi riempiere il paese di querele, per riavere la dote a spese del fedecommesso (*b*).

(*a*) L. dos a patre C. de jure dot.

(*b*) Iason ad auth. Res quae Col. ult. Lim. N. 14. Peregrin. de fideic. Art. 42. N. 16. Boss. Cap. 15. N. 280. Bisogna però stabilire contro la reclamante la *scienza* del fedecommesso.

Digitized by Google

Forsechè la legge non diede alla moglie il rimedio *dell' assicurazione*, urgendo il pericolo? (*a*). Vi hanno però circostanze dietro le quali la donna può scusarsi da taccia di negligenza; e qui si ferma la teoria e lascia decidere al fatto (*b*). Ma in *committendo* la moglie non ha scusa. S' essa, a modo d' esempio, acconsentiva alle alienazioni del marito, aiutandolo nella sua caduta; se amministratrice dei beni di lui trascurò la occasione di soddisfare se stessa, e mettere in salvo le proprie doti (*c*); se possedendo beni vincolati a fedecommesso, disperse allegramente i frutti che bastavano a soddisfarla, e in altri casi somiglianti, tutti degni d' esame, e da giudicarsi secondo le circostanze del fatto.

§. CCXCVI.

Della rintegrazione del fedecommesso.

1. Colla quale ricerca chiuderemo questa monografia. Il diritto di rintegrazione a favore del fedecommesso, non concerne ordinariamente il caso della *costituzione*, ma della *restituzione*. È solamente allora che il fedecommesso si reputa *vicem gerere* di fideiussore, onde, in tal qualità, *dal marito*, debitore principale dev' essere indennizzato, se costui venga in migliore fortuna. Ne segue che la donna che fu soddisfatta con quella sostanza, è obbligata a cedere le azioni, nelle quali e nella ipoteca relativa entra *de jure* il fedecommesso; e peggio per lei se le avesse pregiudicate. Si vedrebbe rinviata colla eccezione *cedendarum*, che le farebbe insuperabile ostacolo a molestare la sostanza fedecommissaria (*d*). Laonde apertosi il concorso sui beni del marito, i

---

(*a*) Menoch. Praes. Lib. 4. N. 190.

(*b*) De Luca de dote disc. 145. N. 78. — Disc. 52. N. 2.

(*c*) Consiglio 187. del Romano N. 4. Fontanell. de pact. dotal. Cl. 6. Gl. 1. P. 2. N. 66.

(*d*) Fusar. de subst. q. 532. Rota cor. Coccin. in Perusin. fideic. 8 Febb. 1627. De Luca de dote disc. 48. N. 3.

Digitized by Google

creditori di lui avrebbero grado deteriore a confronto dell'erede fedecommissario, subentrato nelle ragioni anteriori della dote dimessa.

2. Tuttavolta in qualche caso speciale si disputa di rintegrazione anche in fatto di costituzione dotale. Esistendo beni liberi ma *intricati* e d'escussione difficile, la donna, cui pronta è l'ara ed il marito, non ha obbligo di farne l'esperimento e così ritardare le nozze (*a*). Ma *ex jure cesso*, cessione che gli deriva dal fatto stesso dell'estrazione, il gravato può egli stesso valersi contro quei beni, a reintegro della sostanza fedecommissaria. Altro caso. Al tempo della dotazione il padre non è idoneo a prestarla. Si estrae la dote dal fedecommesso. Indi per beneficio di fortuna, o premio d'industria, il padre acquista facoltà quante gli sarebbero bastate a costituire largamente la dote. Certo è che la donna, eziandio maritata, non perde il suo diritto; ma si domanda, se sia secondo giustizia ch'essa raddoppi la dote, anzichè rilasciarla al fedecommesso per debito di restituzione? Nel conflitto delle opinioni, l'affermativa è sostenuta da un senso evidente di rettitudine e di equità (*b*). E la sentenza del Card. De Luca che, sopra ogni altro, sa temperare quella certa crudezza dei principî astratti che sembra talvolta contrastare alla giustizia nell'amministrazione dei casi pratici (*c*). Vi aggiungi quest'altra specie: se la dotanda possedeva il fedecommesso, e da quello estrasse la dote, acquistati in seguito beni liberi sufficienti, dovrà reintegrarlo (*d*).

(*a*) Post Merlin de pign. Rota decis. 138. N. 4. 5. Apud. Sperell. decis. 165. N. 38. etc.

(*b*) Fusar. de subst. qu. 531. N. 11. Boss. de dote C. 15. N. 127. — Rota in Perusin. Dot. 1 Iun. 1665. cor. Carpinea.

(*c*) De dote disc. 47.

(*d*) Discor. eod.

Digitized by Google

§. CCXCVII.

Applicazioni ipotecarie. Idee d' ordine.

1. Le deduzioni scientifiche dovrebbero sempre derivare da principî incontestati; e, sopra tutto, noti. Io avrei potuto affrettarmi a disputare d'ipoteche, in relazione all'Autentica, e in materia di fedecommesso, senza preparare il discorso colle nozioni che ho premesse, a costo d'ingrossare il libro. Ma, sia detto in confidenza, non sono sicuro di tutti i miei lettori. Potrei arrischiare di non farmi intendere da qualcuno, favellando le leggi della forma con perpetue supposizioni d'idee giuridiche primitive non dichiarate in verun modo. Molto più che l'argomento è infrequente, difficile e pieno d'ambagi, e tutto proprio della legislazione pontificia, sicchè entrai in questa persuasione che il proporre alcune massime fondamentali di sì speciale diritto, fosse per aiutare la chiarezza delle mie conclusioni.

2. Fra noi il sistema delle sostituzioni e dei fedecommessi, che tende alla concentrazione della proprietà, viene acquistando ogni giorno nell'animo dei testatori, confortato dalla rilevata tendenza dinastica delle nostre leggi. Parlando della virtù della iscrizione, dovremo ripigliare questo subbietto, esaminandolo in quelle parti che ora non tocchiamo, ristretti come siamo alle quistioni dotali. Ma là il cammino ci sarà tracciato dalla legge stessa. Qui ci troviamo, come a dire, abbandonati alle generalità. L'autentica vive e produce ancora i suoi effetti, incorporata nelle leggi del diritto comune che ci governa. Ma il giuoco ipotecario è cambiato; spesso la forma rende inattivo il diritto. Essa ne limita decisamente la efficacia, poichè gli avi nostri facevano scaturire le ipoteche dal ragionamento, e assai di leggieri le fabbricavano; noi dobbiamo sapervi adattare la forma, quasi nuovo sistema d'ingegni, necessario a far girare una macchina, che allora era mossa semplicemente dalla idea e dall'impulso intellettivo. È questa la combinazione che dobbiamo studiare.

Digitized by Google

§. CCXCVIII.

Della necessità della iscrizione all' effetto che la donna, che invoca il sussidio dell' autentica per costituirsi la dote, possa perseguitare i beni del fedecommesso che sono in mano dei terzi possessori. E se sia d' uopo d' iscrizione allorchè la dote viene in luogo di legittima.

1. Ad escludere questa necessità giuridica, converrebbe poter provare che la dotanda ha già un *jus dominii* sui beni del fedecommesso.

Chi risale alla fonte di questo diritto speciale, si trova avviato sopra una strada diversa da quella del dominio. Bisogna richiamare alla mente ciò che il legislatore aveva dettato nella sua precedente costituzione (L. 3. C. comm. de legat.). Egli vi fece un ben severo precetto a tutti quelli che posseggono con vincolo di sostituzione e fedecommesso, di non vendere o dare in pegno, quasi fosse patrimoniale, il fondo fedecommissario. Qualificandolo col nome di *res aliena* (*a*), condanna come *irragionevole ed assurdo* l' arbitrio che costoro solevano arrogarsi di disporne a loro talento. In ogni caso, l' alienazione o la ipoteca era per cessare coll' evento che trasmetteva i beni dal gravato nel successore. Con che il legislatore venne significando che, solo dei frutti, durante il viver suo, l' erede gravato avrìa potuto disporre. Al legatario o all' erede fedecommissario diede facoltà di rivendicare, senza verun ostacolo *(nullo obstaculo ei a detentoribus opponendo)* i fondi alienati: e mostrò chiaro che il dominio, base della rivendicazione, in quelli risiede. Ripugnando la solidarietà dei dominî, e il dominio dell' uno escludendo di necessità quello dell' altro, non può concepirsi in identico materiale subbietto il dominio della dotanda misto o confuso con quello del legatario vestito della proprietà, o dell' erede fedecommissario.

(*a*) . . . . . sciat (hoc) *quod alienum est* non ei licere, utpote sui patrimonii existens, alieno juri applicari.

Digitized by Google

L'autentica non fece altro che introdurre una larga eccezione alla decretata inalienabilità. Il vincolo fu rilasciato in quella estensione che facea d'uopo a soddisfare il sacro debito dotale. Il permesso di alienare (*a*) era una concessione fatta a beneficio di una esistenza privilegiata a spese dell'erede, che vedeva diminuirsi in mano la redata sostanza. Il dominio, a dir proprio, in tema di sostituzioni progressive, è nella somma dei successibili e non negl'individui; a ogni modo, i creditori o quelli a cui favore possono o devono alienarsi i beni, non hanno in sè la prerogativa di dominio, che consiste nella libera facoltà di disporre di una cosa, *e non nel diritto di costringer altri a disporne in nostro favore.*

2. La quistione del dominio, in faccia all'autentica, non è proponibile se non in tema *di legittima.* Chi si pone a questo esame due problemi dee risolvere 1.° se e quando il diritto della dote possegga le prerogative della legittima 2.° se poi quel gius di dominio che si vuole inerente alla legittima, e che compete al primo legittimario, vivente, o morto il padre, si ripeta a favore di tutte le altre femmine che successivamente sono ammesse a godere del beneficio dell'autentica, all'oggetto di costituirsi la dote.

3. Osservo che quando si è definito che la dote in un caso indicato rappresenta la legittima quasi surrogatavi, non è però definita l'altra quistione, se poi *il gius sussidiario che deriva dall'autentica* sia negli stessi termini di diritto della dote *loco legitimae.* Motivo di dubitare sarebbe la natura appunto di questo diritto subalterno, indiretto, e supplementare. Io non esito nel dire che dall'autentica non deriva affatto una virtù capace di attribuire un dominio alla indotata, ma solamente l'azione *in rem scriptam* contro i beni del fedecommesso e il possessore di quelli, *ratione rei;* azione che non opera contro i terzi senza iscrizione. Ma se l'autentica non presuppone il dominio, o, meglio, lo esclude, potrebbe la donna essere assistita da un gius, estraneo all'autentica e più forte che le attribuisse una ragione di dominio, onde conquidere i terzi eziandio senza ipoteca.

(*a*) Permittimus res praedicta in eam causam alienare.

Digitized by Google

4. Bisogna chiarire il discorso cogli esempi. La figlia del fedecommittente, vivo o morto il padre, domanda la dote. Se il padre, vivente al tempo della domanda, ebbe per via di contratto disposto di tutto il suo patrimonio istaurando un fedecommesso, la figlia, il cui diritto dotale è surrogato alla *legittima*, avrà forse mestieri di ricorrere all' autentica? Non potrà *jure dominii* (supposto che ci sia un diritto di dote formato, che sarà materia del Capo seguente) colpire il terzo possessore, il donatario universale del padre, a vendicare una parte di quella sostanza quanto basti a soddisfarla della dote? Morto il padre, la figlia inutta che si marita, o ha compito gli anni 25, chiede la dote ai fratelli che posseggono il fedecommesso di paterna istituzione, e può sostenere che la sua dote sta in luogo di legittima. Data questa ipotesi, non potrà procedere sui beni del fedecommesso *dominii jure*, quand' anche dai fratelli fossero discesi in più lontani parenti o passati in terzi possessori? Ecco la quistione che bisogna risolvere.

5. È d' uopo porre in rilievo un passo interessante dell' autentica *Res quae* — dove dice — *si liberis portio legitima non sufficiat ad dotis sive donationis propter nuptias obligationem, permittitur* .... Questo passo determina la natura meramente sussidiaria del beneficio. Ma insieme fa sentire l' adozione di un'altra idea che con argomento *de minori ad majus* può ritenersi non solo compresa ma intrinsecata nella disposizione stessa. Ciò è che *se i beni dell' universale fedecommesso* (a) *sono affetti all' obbligo della dotazione in difetto di sufficiente porzione legittima, molto più lo dovranno essere per il soddisfacimento della stessa legittima.* Ne segue che mancando affatto beni liberi dai quali si detragga la legittima o la dote, il fedecommesso deve sopportarne intero il peso, essendochè si consideri come non esistente rapporto a codeste prestazioni necessarie, non potendo il padre nuocere all' interesse dei figli con arbitrarie e immodiche largizioni. Il legittimario, vestito del diritto di proprietà, potrà dunque, senza

(a) Quanto al fedecommesso particolare il discorso può prendere una piega diversa. Vedi più avanti.

Digitized by Google

alcun dubbio, vendicare la sua porzione dal fedecommesso, che, quanto a lui, mantiene la qualità di sostanza libera. Se non che la femmina, non istituita nella legittima, ma che in luogo di legittima consegue una *dote* sui beni della successione paterna, non è esattamente nel caso del legittimario. Costui riceve (*a*) la porzione legittima, *tamquam haeres*, la femmina all'opposto, dove domina lo statuto agnatizio (come nel pontificio) comincia dall'essere esclusa dalla eredità *propter masculos*; e presupposto che la dote nonostante rappresenti intellettualmente la legittima, altro è l'essere di una cosa, ed altro il figurarla e farne le veci o fungerne la rappresentanza; quanto ciò che è, è diverso da ciò che si finge che sia per logica deduzion della mente. La femmina adunque *quasi legittimaria*, o legittimaria per similitudine nella costituzione della sua dote, potrà forse anche valersi sul fedecommesso con un giure di proprietà (materia che io discuto nel Capo VIII.), ma la quistione ad ogni modo non può decidersi a favore della proprietà *nè colla ragione dell' autentica che non attribuisce diritto di proprietà*, come si disse, *nè coll' esempio del maschio legittimario*, per quella degradazione giuridica da cui la femmina è colpita nella presente condizione sociale.

6. Ma, posto in ipotesi, che il diritto della dote *loco legitimae* appartenga agli ordini della proprietà, tale sentenza non potrebbe affermarsi a favore delle femmine lontane, la cui legittima sarebbe dovuta dai padri rispettivi; imperocchè, dopo un certo cammino delle generazioni, l'applicazione dell'autentica non trova più il suo fondamento nel rigore del diritto ma nella umanità, e ha tutti i caratteri del beneficio.

(*a*) Continuando quella specie di dominio che avevano vivente il padre.

Digitized by Google

§. CCXCIX.

Della iscrizione da prendersi sui beni fedecommissarî per assicurare la dote dovuta in relazione all' autentica.

1. La grave materia dei fedecommessi, quanto alla loro formazione e conservazione rimpetto ai creditori ipotecari, sarà discorsa ai luoghi opportuni. Ora noi supponiamo ogni cosa regolare dal lato degli eredi fedecommissarî e dei gravati. E continuando il tema della costituzione dotale, veniamo ricercando nel regolamento delle ipoteche la sede ove collocare questa specialità. Vivente il padre, la femmina inutta non ha ipoteca; ma essa l'acquista, morto il padre, *sui beni della successione* §. 117. N. 2. La iscrizione esposta con questa formula, che è quella della legge, abbraccia eziandio i beni fedecommissarî?

2. Prima di decidere volgiamo uno sguardo alla pratica antica. Dal diritto, di cui è liberale l'autentica, nasceva *la ipoteca tacita* sui beni del fedecommesso (non però sui frutti) fingendosi una specie di legato fatto dal padre a favore della figlia (*a*). Alla quale ipoteca si attribuiva il prezioso privilegio della *poziorità* sopra i creditori degli eredi gravati, come onere che discendeva di persona in persona, avvegnachè non ancora verificato, e rappresentante la speranza di tutte le donne della famiglia dotande in futuro (*b*). Questa giurisprudenza fu applicata con ardore alle grandi possidenze Baronali, aspramente percosse dalla Bolla di Clemente VIII., ad abbattere odiosi privilegi e resistenze prepotenti, entro le quali si rifugiavano quei principotti come nei merlati castelli. I creditori stessi, per giustizia e per politico avvedimento favoriti dalla Bolla, dovevano dare il passo al credito

---

(*a*) Rota inter recent. Par. V. decis. 128. N. 2. Rota firman. seu macer. Dot. 23 Ianuar. 1621. cor. Pirovano. Merlin de pignor. Lib. III. Quaest. 45.

(*b*) Castrens. Fulgos. e Decius ad Auth. res quae Rota apud Seraphin. Decis. 693. per tot. Inter recent. Decis. 199. P. VIII.

Digitized by Google

dotale; nè è meraviglia se la femmina del sangue venisse sugli stessi creditori privilegiata, quasi a ristabilire in qualche modo l'equilibrio fra la gente della stessa origine, disfatto dalle eccessive usurpazioni del sesso maschile.

3. Quando non era necessaria l'esposizione di una formula, regolatrice verso i terzi del diritto ipotecario, quel metodo appariva di una semplicità che mai la maggiore. La ipoteca, come germe nascosto, si svolgeva ad ogni comando e bisogno della donna che volea farsi la dote, o conseguirne la restituzione. Dimostrato ch'ella avesse la inesistenza o insufficienza di beni liberi, poteva slanciarsi in un concorso, fra la turba dei creditori, rapire ad essi anche il prezzo dei beni fedecommissarî, venduti all'asta col suo privilegio perpetuo d'anteriorità (*a*). In questa necessità in cui siamo di curare il rigore della formula, dico che la iscrizione *sui beni della successione*, senza più, non è cauta abbastanza per colpire eziandio i beni vincolati a fedecommesso. Propriamente, i beni della successione paterna sono i beni liberi. Ma ho fermo nell'animo che la formola possa estendersi agl'immobili fedecommissarî con quella stessa ragione, onde la femmina non ancora dotata iscrive l'ipoteca generale sugli ereditarî. La quale parmi una derivazione immediata; laddove l'inferirne argomento dalla ragione del legato, come fece un giurista applaudito dalla Rota (*b*), non pare esatto (*c*).

4. Fin qui della ipoteca iscritta a garanzia della dote costituenda, che stimiamo *doversi nominatamente estendere agl'immobili del fedecommesso*. Parliamo della restituenda.

Il padre o suoi eredi hanno *assegnata* la dote. La sola *assegnazione*, dal marito accettata, autorizza la ipoteca generale sui

---

(*a*) De Luca nel disc. 145. de dote ci testimonia come tale giurisprudenza, che *involveret litibus totum mundum* non fosse oggimai più osservata; ma abbiamo assai decisioni rotali e tutti i pratici di quel tempo che ci assicurano del contrario.

(*b*) Afflict. Decis. 162. Rota Decis. 199. P. 8. recent.

(*c*) Il Card. De Luca mostra la differenza dei casi. De dote disc. 145. N. 107.

Digitized by Google

beni di lui §. 117. N. 2. Ritenuta congrua la dote, s'essa è già pagata, deve supporsi che il marito abbia potuto cautarla coi propri beni; non pagata, la ipoteca sarà assunta dal padre costituente, o colpirà i beni della successione. Perciò il caso del bisogno di ricorrere ai fondi del fedecommesso per la restituzione, sembra raro, e difficile. Ma, data la ipotesi, la donna come nel caso della costituzione, così in questo, amendue protetti dall'autentica, potrà volgere le sue azioni personali contro i possessori del fedecommesso, che hanno quest'obbligo come ad essi imposto dallo stesso testatore. Ma a fronte dei terzi o alienatarî o creditori ipotecarî, come potrà la pretendente reggere senza ipoteca, o come ascenderà, e per quale scala, al rango degl'ipotecarî? Suppongasi che la dote non sia stata assicurata, o le apparenti cauzioni siano perdute; e il marito o il padre non valgano a rifarla. Il regolamento non presta appoggio ad iscrivere ipoteca sui beni del fedecommesso, se già col padre stesso o coi gravati non si fosse stipulata una ipoteca speciale. In tale stato di cose la generale non potrebbe più iscriversi. Ad evitare però l'assurdo che si abbia diritto d'ipoteca sterile e vana perchè incapace d'iscrizione, sarei d'avviso che, al mancare del padre, e all'aprirsi della successione, *la donna potesse estendere la iscrizione che le accorda il* §. 117. *N.* 1. *ai beni fedecommissarî, non solo ad oggetto della costituzione ma eziandio della restituzione della dote;* salvo al fedecommesso di chiedere la cancellazione qualora si provasse non esserci pericolo alcuno, o avere la donna tacitamente o espressamente rinunciato al beneficio, o esserne decaduta.

§. CCC.

Se e come il fedecommesso possa ipotecarsi, o alienarsi a favore di terzi.

Per figurare alcuna delle più importanti combinazioni nelle quali la donna può trovarsi in faccia ai terzi ipotecarî, armata del suo privilegio, e fornita o no d'iscrizione, si osservi di passaggio come i beni vincolati a fedecommesso possano o esser colpiti da ipoteca o alienarsi.

Digitized by Google

1. In regola generale l'erede gravato *pure et sempliciter* non può ipotecare nè alienare; ma ben può farlo colui che è gravato *in diem certam* sino al giorno in cui cessi il suo dominio (*a*); e quel giorno risolve e le ipoteche e le vendite.

2. Anche colui che è gravato di un fedecommesso condizionale *(in diem incertam)* può ipotecare o alienare validamente sino all'avveramento della condizione (*b*).

3. Ci sono delle cause di alienare giustificate dal diritto. Per le spese del funere, pei debiti dello stesso testatore, pei legati da lui ordinati (*c*); aggiungi per soddisfare la dote nel giro dell'autentica. Ma terrai la massima nel fedecommesso universale, non nel particolare.

4. La perfetta e scusabile ignoranza del fedecommesso, che assolve ugualmente da ogni colpa e il venditore e il compratore, sostiene l'alienazione; e il diritto dei fidecommissarî si determina sul prezzo, non pagato, o in buona fede non consunto (*d*).

5. Talvolta l'istitutore del fedecommesso lascia all'erede gravato la facoltà di alienare, equivalendo ad una clausula permissiva il dire — *si restituirà ciò che sarà per avanzare* (*e*), salvo sempre che all'erede fedecommissario tanto rimanga quanto sia la quarta parte dell'asse (*f*). Se la permissione *è espressa*, l'erede gravato può disporre della sostanza liberamente, e con un atto della sua volontà distruggere il fedecommesso (*g*).

6. Come sul proprio usufrutto può il gravato altro usufrutto costituire (*h*), così può imporvi ipoteca, eccettochè il testatore non ne abbia fatto espresso divieto.

(*a*) Peregrin. de fideic. art. 40. N. 2. 5.

(*b*) L. servo legato §. si testator D. de legat. 1. L. final. §. sin autem sub condit. Cod. com. de legat.

(*c*) *Alienatio necessaria.* L. qui solidum §. 1. D. de legat. 2. L. cum fidei D. de fideicom. L. alienationes D. de fundo dot.

(*d*) L. quidam §. final. D. ad Trebell. L. si haeres §. L. final. ff. de legat. 2. et ibi Bart. Imola etc.

(*e*) L. Titius D. ad Trebellian.

(*f*) Auth. contra rogat. Cod. ad Trebellian.

(*g*) Peregrin. de fideicom. art. 40. N. 45.

(*h*) Peregrin. eod. N. 112.

Digitized by Google

7. Inoltre le detrazioni stesse della legittima e della trebellianica che sogliono competere all'erede gravato, assottigliano ognor più la importanza del fedecommesso, quasi cagione intrinseca di successivo deperimento.

§. CCCI.

Situazione della donna che invoca il beneficio dell'autentica a fronte delle distrazioni o delle ipoteche costituite dall'erede gravato.

1. Tutte le indicate espressioni di dominio, e altre ancora, che lungo sarebbe enumerare, fanno triste la condizione della donna che implora il benefizio dell'autentica. Qual forza potrà essa contrapporre alla diminuzione o distrazione della sostanza fedecommissaria, se già il testatore ne conferì il potere all'erede gravato?

2. È manifesto che se trattasi di fatto consumato, cioè di alienazione perfettamente seguita, *prima che abbia potuto iscriversi ipoteca*, converrà lasciare ogni speranza. Non bisogna esagerare la potenza dell'autentica. Fondata in una presunta volontà del fedecommittente, non dura quando e la volontà del testatore l'abbandona, e la materia su cui quella volontà dovrebbe esercitarsi. Non si dimentichi che il testatore, proprietario ed arbitro delle cose sue, poteva morire con una disposizione diversa; o, eziandio vivendo, per contratto, nell'altrui dominio trasportarle e spogliarsene. E se parliamo *d'ipoteca*, dove il gravato abbia libera facoltà di alienare, la povera donna è forse ugualmente perduta. La sua ipoteca non vincerà mai quella dei creditori anteriori del gravato che alienò avendo facoltà di alienare. Essa non tornerebbe a galla, se non nel caso che i creditori anteriori andassero soddisfatti; o tanto avanzasse della sostanza ipotecata che bastasse a pagarla, perciocchè *la facoltà dell'alienare non sarebbe interamente prodotta ad atto.*

3. È diverso il caso dell'alienazione non assoluta ma limitata che il gravato si permette allorchè il vincolo è *in diem certam o incertam;* ossia *in diem et sub conditione* (§. preced. N. 1. e 2.).

Digitized by Google

Ancorchè *posteriore all' alienazione*, tuttavia non sarà senza efficacia la iscrizione a garanzia della dote. E si farà sentire il dì in cui si risolva il dominio dell' alienante, e il nuovo fedecommissario entri nel possesso che gli appartiene; o quando si verifichi la condizione che ribatte il vincolo proibitivo a carico del gravato. Con questa sola e chiara differenza, che nel primo caso l' efficacia della ipoteca muliebre è semplicemente differita, perchè deve giungere il momento in cui cessa il dominio dell' alienante; nel secondo è posta in problema, potendo o no verificarsi la condizione, ma in compenso, la ipoteca di lei primeggia tutte quelle che lo stesso erede gravato vi avesse imposte; e che non potrebbero durare che a vita dello stesso gravato.

4. A chiarire ulteriormente il quale concetto, si vuol considerare che nei casi ordinarî del fedecommesso quando cioè non è permesso di alienare, il gravato può disporre a vita del proprio usufrutto, o imporvi delle ipoteche (§. preced. N. 6.). Ond'è certo che al purificarsi della condizione che assoggetta l' erede a un vincolo sostituzionale, si risolvono e vanno in dileguo le ipoteche di titolo perpetuo, o durature oltre il limite della vita naturale di lui. Se l' usufrutto dell' erede gravato vada all' asta in forza delle ipoteche da lui impostevi, la donna che iscrisse a carico del fedecommesso il diritto che le deriva dall' autentica, sarà vinta nel concorso di quegli ipotecarî anteriori che hanno iscrizione sull' usufrutto. Ma li vincerà tutti, allorchè morto il gravato, e cessato ogni suo diritto, il fedecommesso venga alle mani del successore. In tal caso la ipoteca che poteva esser ultima a confronto dei creditori iscritti sull' usufrutto dell' erede gravato precedente, può diventar prima, e antecedere i creditori ipotecarî del successore.

5. È da vedere in ultimo luogo se il beneficio dell' autentica abbia alcuna virtù per impedire la diminuzione del fedecommesso prodotta dalla detrazione della legittima e trebellianica. Nessuna. Nella sua qualità di beneficio suppletorio, esso può esercitarsi sui beni fedecommissarî esistenti; ma quella porzione che fu sottratta in forza della legittima apprensione dell' erede, si considera più non appartenere alla sostanza del fedecommesso.

Digitized by Google

§. CCCII.

Quando comincia ad aver efficacia la ipoteca che deriva dall' autentica a favore delle doti.

Unica norma materiale è certamente quella del giorno della iscrizione; ma la iscrizione è vuota d'effetto se idealmente non si congiunge a un subbietto materialmente e giuridicamente capace di esserne colpito. Ne segue che presso noi nessuna iscrizione può *avere efficacia anteriore alla sua data;* ma potrebbe anche non averne veruna, come per esempio se portasse la indicazione di beni fedecommissarî che non esistessero. Solamente sotto questo punto di vista la quistione diventa importante. Io ho tenuto in massima, che *la ipoteca generale del* §. 117. *N.* 2. *possa estendersi anche ai beni fedecommissarî per l' effetto dell' autentica purchè sia stato dichiarato nella formula* (*a*). L' ipoteca generale abbraccia anche i beni futuri; quindi si estenderà al fedecommesso ascendentale che non fosse creato, o non fosse ancora disceso nell' erede gravato, al momento della iscrizione. Ma la iscrizione rimarrà sterile di effetto sino al giorno in cui i beni saranno realmente trasferiti nell' erede gravato (*b*).

La Rota antica aveva stabilita *a die obitu testatoris* la data di codesta ipoteca *pro dote costituenda* (*c*). Ed è ragione, poichè da quel punto soltanto il fedecommesso propriamente esiste colle sue qualità passive, e colla sua suscettività ad esser colpito dalla iscrizione.

(*a*) §. CCXCVIII.

(*b*) Questo è ciò che deve avere inteso la Rota nella Decis. 10 Mart. 1826 cor. Isoard. in cui dice che la ipoteca autorata dall' autentica non comincia dal giorno del matrimonio; ma *a die traslationis bonorum fideicomiss. in haeredem gravatum.* la decisione continua — *aut saltem a nativitate mulieris dotandae* — se fosse già morto il padre, e al nascere della fanciulla si prenda ipoteca sui beni della successione e sul fedecommesso.

(*c*) Decis. 199. P. 8. Recent.

Digitized by Google

§. CCCIII.

La ipoteca che deriva dall' autentica si pospone a quella dei creditori del defunto; ma è anteposta a quella dei legatarî.

La prima di queste proposizioni è fondata nel principio che la *sostanza fedecommissaria* è quella che avanza, liberato il debito (aes alienum). Ma i legatarî, chiamati anche creditori *di titolo lucrativo*, occupano un luogo inferiore nel concorso, perciocchè la dote è considerata come un debito del testatore. E solamente si pospone ai creditori che acquistarono ipoteca mentr'egli viveva, attesochè la dotanda conta il suo diritto *a die obitus testatoris* (§. preced.) e sui beni della successione (*a*).

§. CCCIV.

Come operino diversamente le ipoteche iscritte sul fedecommesso nei casi di reversione risolutiva o continuativa.

1. Qualche volta interviene che i beni già costituenti il fedecommesso, o che ne facevano parte, dopo esserne stati separati per via di alienazione in sussidio dotale, e divenuti liberi, tornano in dominio del fedecommissario. Questo può avvenire per due cause diverse. O in forza di un patto risolutivo stabilito come legge, nell' atto costitutivo del fedecommesso; ovvero in virtù di qualche titolo importante traslazione di diritti, derivante dalla femmina beneficiata o da suoi eredí. La prima causa dicesi *necessaria*; e riporta la sostanza alla persona o alla classe da cui è uscita libera da ogni vincolo o ipoteca intermedia (*b*). Bisogna dire il contrario nel secondo caso. È accidentale che il donatario

---

(*a*) Rota de Decis. Recent. N. 199. P. Recent. — Hodiern. Controv. 31. N. 59. et seqq. De Luca de dote disc. 145.

(*b*) L. lex vectigali C. de pignor.

Digitized by Google

o cessionario di quei beni, già divenuti liberi, sia ad un tempo l'erede fedecommissario. Propriamente non è in tale qualità ch' esso riacquista quei diritti, ma più presto qual cessionario e avente causa dalla donna o suoi eredi. Per conseguenza egli riceve quella sostanza coll'onere dei debiti e delle ipoteche che i cessionarî vi avessero imposte.

2. Giova osservare che il caso della *rintegrazione* (§. CCXCVI.) è assai diverso da quello della *reversione* quanto agli effetti ipotecarî.

Il fedecommesso può essere rintegrato, e dev'esserlo, quando sia possibile 1.° mediante la cessione delle azioni e delle ipoteche della moglie ch'essa conservi sopra altri beni, soddisfatta che sia colla sostanza stessa del fedecommesso 2.° mediante la cessione delle azioni e delle ipoteche della moglie ch'essa conservi sopra altri beni, qualora per evitare le brighe e il lungo giro di una escussione involuta, si affretta ad estrarre la dote dalla sostanza del fedecommesso 3.° dal padre che non potè costituir la dote, venuto in miglior fortuna (d. §. CCXCVI.). In ognuna di codeste specie è supposto che quella parte del fedecommesso che fu impiegata nel formare la dote abbia già consumato il suo effetto, e sia divenuta perpetuamente libera. Ma *la reversione risolve e fa che le cose tornino senza impedimento al loro principio* (N. 1. supra); laddove *la reintegrazione non produce verun effetto retroattivo rapporto alla condizione giuridica dei beni che servono a soddisfarla.* Havvi quest'altro divario notevolissimo che *la reversione inchiude il concetto del ritorno degl' identici beni che già appartennero al fedecommesso e ne furono momentaneamente emancipati.* La rintegrazioue può effettuarsi o mediante gli stessi beni estratti dal fedecommesso, e che diventarono liberi; o con beni altri e diversi. Se con altri e diversi beni venne effettuata la rintegrazione, è ben chiaro che le ipoteche postevi sopra, come tutte le servitù e vincoli che gli affliggessero, rimangono, e trapassano a carico dello stesso fedecommesso alienatario. Allora sarà quistione se tali beni, gravati di tali vincoli ed ipoteche, siano o no bastanti alla rintegrazione; ma non sarà mai quistione sul trapassare degli oneri ipotecarî a carico dei terzi. È osservabile ancora che, quando la *rintegrazione* si effettua con quegli

Digitized by Google

stessi beni che già una volta appartennero al fedecommesso, e ne furono estratti per soddisfare le doti, *non si considerano mai a questo effetto come beni di derivazione fidecommissaria, o pertinenti al fedecommesso, ma come beni liberi.* Quindi è che la femmina che gli ebbe in dote, o gli eredi, poterono gravarli d'ipoteche; e queste pure vi rimangono infisse, e trapassano nell'alienatario, che tale diviene lo stesso ente — *fedecommesso* — Insomma nella rintegrazione la derivazione *ex fideicomisso* dei beni che si cedono a quest' oggetto, è meramente *accidentale;* laddove in fatto di reversione *è necessaria.* Ma anche i beni che in origine derivarono dal fedecommesso, scossero i vincoli e rimasero liberi e quindi ipotecabili nel mezzo tempo; e soltanto, a rintegrazione compita, riprendono i ceppi, tornano a subìre la legge sostituzionale, e si confondono cogli altri beni fedecommissarî.

3. È in relazione a codeste idee il corollario giuridico: che al *fedecommesso fidejussore* (§. CCXCVI. N. 1.) *non compete che l'azione personale* contro chi è obbligato a rintegrarlo (*a*). All'incontro *la reversione è fondata nell'azione reale,* ed è una vera e pretta vendicatoria. E perciò il De Luca suggerisce alcune cautele, che gli ordinatori dei fedecommessi dovrebbero scrivere nel registro. Essi dovrebbero cautarsi con patti reversivi ben chiari e formulati da chi se ne intende, all'effetto che i beni, costituiti in dote, ritornino *per viam reversionis et non reintegrationis* al fedecommesso, in casi determinati, sia che la donna preceda o segua il marito nell'ultimo viaggio, senza consolazione di figliuoli sciogliendosi il matrimonio.

4. Tutto questo discorso suppone la *esistenza del fedecommesso.* Il fedecommesso ordinato per testamento non esiste che dopo la morte del testatore. Se adunque il padre è vivente, se la dote profettizia a lui ritorna (§. CCLXXVII.) indarno si parlerà di rintegrazione fidecommissaria, come non può dirsi che la dote sia partita da una sostanza di tale natura (*b*). Laonde l'immobile

(*a*) Merlin de pignor. — Lib. 3. T. 1. Qu. 3. De Luca de dote disc. 145. N. 103.

(*b*) Perchè il fedecommesso non esiste regolarmente che dopo la morte. di chi l'ha istituito.

Digitized by Google

dotale (il vero *fundus dotalis*) tornerà di diritto al padre, senza timore di gravami ipotecarî, dal padre stesso non consentiti. Solamente potrebbe venire all'animo qualche dubbiezza, presupposto che il padre avesse istituito il fedecommesso *per atto fra vivi* dal quale, in difetto di altro peculio, avesse poi tolto il valor della dote, o lo stesso fondo dotale. Io credo che il fedecommesso così istituito, irrevocabile di sua natura, ed accettato, abbia a considerarsi come quello che fu fatto per testamento, e su cui la morte pose il suggello della irrevocabilità. E ne concludo che i principî che regolano la materia della reversione o della reintegrazione fedecommissaria debbano qui pure ricevere tutta la loro applicazione, malgrado la vivenza dello stesso fedecommittente.

3. Potrebbe da ultimo ricercarsi, come sia possibile che *gli stessi beni, che già partirono dal fedecommesso per formare la dote,* possano ad esso tornare, dacchè una tale sostanza dovrebbe credersi consumata nel soddisfacimento della dote. Ognuno intende che tale ricerca non è ragionevole se non nel caso semplice della rintegrazione. Questo effetto può concepirsi nel caso che i beni fedecommissarî, già costituiti in dote, siano per cessione della donna o suoi eredi, pervenuti a coloro che erano insieme debitori della reintegrazione; non escluso il padre giusta la specie ricordata al N. 2. del §. CCXCVI.

§. CCCV.

Osservazioni finali, e conclusione.

1. Altri corollari ipotecarî possono dedursi, ragionando dalle massime esposte. Ne annovero alcuni 1.° l'applicazione dell'autentica, avendo per condizione il matrimonio, se il matrimonio non segue, la ipoteca vien meno. 2.° La ipoteca presa a garantire la costituzione o la restituzione della dote in valore eccessivo (§. CCLXXXV.) può essere ridotta, ad istanza dell'erede fedecommissario o gravato. 3.° Costoro però non possono iscrivere ipoteca sui beni liberi del padre, marito ecc. per la rintegrazione loro dovuta, poichè la loro azione è personale (§. CCCIV. N. 3.)

Digitized by Google

4.° Quando la dote si possa soddisfare coi frutti del fedecommesso (§. CCLXXXVII.) la donna potrà ottenere sequestro o altre misure provvidenziali sui frutti, non esclusa la ipoteca, che sarà cancellata quando sarà formato il cumulo dotale. Fra le altre provvidenze ci potrebb' esser quella di rinvestire successivamente le somme che si vengono ricavando. 5.° Iscrivendosi la ipoteca per la costituzione o restituzione della dote sui beni del fedecommesso nominatamente, si dovranno indicare nella formula che tutti ne saranno colpiti se e come siano obbligati, secondo i principî rammentati nel §. CCLXXXVIII. 6.° Che la ipoteca può cedersi, com' è cessibile il diritto (§. CCXCII.) e passa come il diritto, quando il trasporto sia materialmente regolare. 7.° Se la donna avesse contemporaneamente presa iscrizione per la costituzione dotale sui beni liberi del padre e sui fedecommissarî; o per la reintegrazione sui beni del marito e su quelli del fedecommesso, questi ha diritto di far cancellare la ipoteca quando si trovi bastantemente garantita sui beni liberi. 8.° Ugualmente il fedecommesso potrà domandare la cancellazione della ipoteca quando possa provare che la femmina è caduta dal beneficio (§. CCXCV.). 9.° Le cautele che sul diritto di reversione sono proposte (§. CCCIV. N. 3.) si devono intendere, quando il giuoco ipotecario è possibile; non mai qualora la dote abbia i privilegî della legittima, la quale è incapace di condizioni limitative di qualsivoglia natura.

2. Questi sono soggetti nei quali si arrischia di dir troppo; o troppo poco. Per l' associato che vuol finir presto la noia dello spendere; per il magistrato, e pel giureconsulto avvezzi alle più difficili combinazioni del diritto, io ho detto troppo. Per la comune dei lettori; pei giuristi mezzani; per gli stranieri, ancorchè assai dotti nelle legislazioni loro; per gli uomini d' affari; per quelli che non voglion la briga di cercar troppo in altri libri quando ne hanno uno alle mani, io ho detto poco. Per non imitare le beate musiche oltramontane che non si lascian intendere che agli estatici contrappuntisti, non ho voluto parlare dell' operazione dell' autentica e delle fasi ipotecarie che ne derivano sui beni del fedecommesso, senza ricordare alcuni principî del giure primitivo, di cui il moto ipotecario non è che una

Digitized by Google

conseguenza ed un effetto. Così mi son messo un poco dal lato del popolo de' miei lettori. Ma, se hanno bisogno di molta istruzione, io ben m'accorgo che la misura è scarsa. Fare proprio un trattato sull'autentica e sul fedecommesso, neppure da sognarsi. Dunque siate contenti. Mi basta che fingendosi altri casi, o in fatto avverandosi (che la materia ingrata è feconda e ricchissima come la messe dell'erbe cattive) le mie conclusioni ipotecarie possano tener saldo, e, data la varietà delle circostanze, prudentemente applicarsi (*a*).

(*a*) Grenier (disc. prelim.) temeva — *che la sua opera potesse sembrare in certi punti prolissa; ma debbo osservare*, proseguiva, *che la materia di cui tratto è di sua natura astratta e complicatissima.* Dice che aveva tentato di renderla in qualche luogo più breve; *ma una persona illuminata cui diede a leggere una parte della sua opera in istile rapido e conciso, gli confessò con franchezza di non capirvi niente.* Grenier *nella parte più laconicamente esposta, si era fondato sopra notizie che credeva generalmente conosciute;* e conobbe d'essersi ingannato. Io credo che quantunque la mia opera vada prendendo sì vaste proporzioni, molti mi troveranno *laconico.*

Digitized by Google

CAPO VIII.

CONTINUAZIONE DELLA LEGISLAZIONE PONTIFICIA

DIRITTI DELLE IPOTECHE DOTALI DELLE FEMMINE SUI BENI DELLA PATERNA SUCCESSIONE

§. CCCVI. — *Il legittimario non ha ipoteca se non in causa* testati *quando sia istituito erede nella legittima. Quale azione gli competa contro gli alienatarî che acquistarono i beni della eredità.*

§. CCCVII. — *Se per lo statuto successorio in vigore, la dote dovuta alle femmine, nella esistenza dei maschi, sia surrogata alla legittima.*

§. CCCVIII. — *Forma e privilegio della iscrizione muliebre sui beni della successione.*

§. CCCIX. — *Dell' obbligo d' iscrivere in coloro che sono obbligati a dotare, e della pena della doppia dotazione* §. 134. del regolamento.

§. CCCX. — *Della dote spirituale.*

§. CCCVI.

Il legittimario non ha ipoteca se non in causa testati *quando sia istituito erede nella legittima. Quale azione gli competa contro gli alienatarî che acquistarono i beni della eredità.*

1. Si trova una difficoltà grande nel definire il diritto del legittimario, benchè tutti sentano una certa inclinazione nell' animo a ritenerlo un qualche cosa che equivalga al dominio (*a*),

---

(*a*) Il De Luca la semplicità del cui linguaggio non detrae alla precisione, questa volta è costretto ad aggirarsi in parole vaghe e generali.

Digitized by Google

o si avvicini al dominio. Ma quando si vanno cercando le fonti di questo diritto particolare, pare che tutto sfugga, e che non solo non si rinvenga base solida al dominio, ma che non ci sia neppure dove attaccar la ipoteca. Allora si domanda quali adunque siano le garanzie di una facoltà che sembra protetta con sì amorosa sollecitudine dalle leggi sino a togliere ai genitori la disponibilità di una parte delle loro sostanze, perchè non ne defraudino i figliuoli? Quale sia questo vantato diritto di natura? Per disgrazia, la nostra giurisprudenza rotale, alla quale sogliamo volger gli occhi quando ci affligge un grave dubbio giuridico, vacilla incerta, ora ammettendo, ora recisamente negando nel legittimario *il gius dominii* (*a*).

È comunissima sentenza che il figlio ha la *condictio ex lege* per conseguire *a manu haeredis* la sua legittima; ossia un'azione personale contro gli eredi (*b*). Negano affatto al legittimario il diritto d'ipoteca, ove la legittima non sia lasciata, a titolo d'istituzione, nel testamento (*c*). La personale per altro ha un lievito d'ipoteca in quella qualità che vi si aggiunge di *in rem scripta*, che bisogna una volta definire a confronto del presente sistema ipotecario.

Benchè, egli dica, il legittimario *nullam hypotecam nullumque formale creditum habeat . . . respectu faventium causam lucrativam lex filiis in instanti coram nativitatis QUODDAM JUS super bonis paternis pro legitima — vel respective pro dote tribuit.*

(*a*) La Rota nella Decis. 2 April. 1821. Pecun. Centumcell. cor. Isoard., nella decis. 23 Iun. 1828. Anconit. assicurat. Dot. cor. Marini, nella Decis. Rom. divis. 6 Maii 1829. cor. Rivadeneyra; nella Narnien. alim. 13 Iun. 1823. fermò la massima *competere al legittimario il dominio;* ma nella Narniens. alim. 10 Ian. 1825 successivamente confermata; e nella Narn. alim. 17 Mart. 1824 nella quale l'articolo è molto discusso, si professò la massima opposta.

(*b*) Merlin de legit. Lib. V. Tit. III. Qu. VI. e un immenso numero di autori.

(*c*) Fra mille V. Merlin de pignor. Lib. III. Qu. 97. De Luca De legit. disc. 26. De dote disc. 166. Rota inter Rec. Decis. 363. N. 1. Decis. 286. N. 3. Par. 12.

Digitized by Google

3. L'azione *in rem scripta*, genere medio, fra la personale pura, e la ipotecaria ha dovuto sparire quando la Ipoteca è salita in trono, e ha voluto coronarsi colla iscrizione. L'elemento della *personalità* vi era considerato in quanto colui che era perseguitato con quell'azione, non veniva colpito soltanto quale possessore, ma si teneva come obbligato nella persona, quasi avesse assunto implicitamente il debito. Ma non poteva costringersi se eziandio non possedesse, perchè non trattavasi di azione personale mera; e, possedendo, non era colpito, se anche non fosse intricato personalmente nel debito, perchè non era propriamente ipotecaria. Nell'attuale sistema l'azione *in rem scriptam* non si conosce, e davvero io la credo morta. Perciocchè se essa non possa ascendere al grado d'ipoteca, nè vestirsi d'iscrizione, e operare tutti gli effetti che sono inerenti alla vera e propria ipoteca, quest'azione resterà personale nuda, incapace di ferire i terzi (*a*).

4. Io osservo che sotto questo rapporto il diritto del legittimario avrebbe sofferto un ben grave discapito, quando la legge non provvedesse in qualche modo, e come a dire, lo indennizzasse con qualche rimedio ipotecario.

Ma il legittimario pare dimenticato. Questa qualità non si vede mai considerata nel codice. Essendo la legittima (sotto un certo aspetto) una *quota bonorum*, sembrava dovesse avere un posto *fra i privilegiati sui mobili*, ma dove il pignoratario, il locatore, l'ostiere e il vetturale (§. 77.) hanno sede, il legittimario non trova uno sgabello. In verun'altra parte del regolamento s'incontra una disposizione fatta per lui. Si provvede alle femmine per le loro doti, non al legittimario.

5. Perciò si può credere, non senza ragione, che il moderno legislatore abbia pensato non essercene bisogno, appunto perchè il legittimario abbia sufficienti appoggi nel diritto comune.

(*a*) Actio personalis in rem scripta necessario non *praesuponit hypotecam;* quamvis adversus quemlibet possidentem competat; est autem personalis haec actio, nam hypotecaria simpliciter est in rem, non autem personalis in rem scripta. Mantic. de tac. Lib. XI. Tit. 13. N. 73.

Digitized by Google

Se non che quando la legge nel §. 83. N. 4. ha favorito d'ipoteca privilegiata *i creditori e i legatarî del defunto*, avrà forse voluto comprendere sotto nome di *creditori* anco i legittimarî? Non me ne persuado, poichè sebbene il legittimario soglia dirsi piuttosto creditore della eredità che condomino (*a*), nondimeno ciò non dicesi del tutto propriamente, ma quasi per similitudine, avendo il legittimario alcune delle qualità del creditore (*b*) ma in altre differenziando, come nell'avere un diritto *super re* (quota di beni); e nel considerarsi erede, quanto all'azione. Resta dunque che le nostre leggi ipotecarie non provveggono alla condizione del legittimario, il quale seguita ad essere regolato dal diritto comune, compatibilmente colle stesse leggi ipotecarie.

6. Presupposto pertanto che il figlio non abbia fondato il suo diritto d'ipoteca nel testamento paterno, qual via dovrà tenere per conseguire ciò che gli spetta o dall'erede o dai terzi alienatarî?

Coll'azione personale egli escute gli eredi, ciascuno *pro rata* della sua interessenza. Accade talvolta che i legatarî hanno avuto la miglior parte; il legittimario può costringerli a riversare nella massa i beni loro assegnati o dal testatore o dall'improvvido consiglio dell'erede, onde parteciparne secondo il prudente arbitrio del giudice. Avverti che la detrazione legittimaria non si concede facilmente sulle specie legate; e che l'erede deve escutersi prima dei legatarî. Ma se fosse evidente l'abuso fatto dal testatore, la mala distribuzione dei beni, la impotenza dell'erede, che potrebbe aver diritto alla falcidia ma intanto non possiede che gli avanzi meno considerevoli dell'asse, credo che il legittimario potesse convenire nello stesso giudizio eredi e legatarî, acciocchè di tutta intera la sostanza si avesse congrua ragione nell'assegnamento della legittima (*c*).

(*a*) Annot. ad decis. 29. N. 108. P. 8. et decis. 169. num. 19. P. 17. Rot.

(*b*) Mancandogli il dominio.

(*c*) Pacific. de Salvian. interd. Inspect. 2. c. 2. N. 240. etc. Merlin de legit. Lib. V. Tit. III. Menoch. de arbitr. jud. c. 163. Peregrin. de fideic. art. 36. N. 149. e segg.

Digitized by Google

7. Il dubbio può sorgere ove si tratti di percuotere i terzi alienatarî, coloro cioè nei quali fossero pervenuti o in tutto o in parte i beni della eredità per fatto degli eredi. Finchè ci son beni presso l'erede o i legatarî non può il legittimario colpire i terzi, eccettochè non abbiano con frode acquistato pendente la lite della legittima. Ma il legittimario è poi fornito di azione efficace contro i terzi che, non dal testatore vivente acquistarono, ma dall'erede? A me pare che tutto dipenda dal sapere se competa al legittimario la *petitio haereditatis*, poichè dalla competenza di tale esercizio vengono conseguenze teoricamente utilissime per conciliare degli elementi di diritto che sembrano non poter camminare d'accordo.

E questa è pur dottrina generalmente assentita (*a*). Il legittimario è comparato all'erede nella successione *juris universalis activi*, ha le stesse azioni e gli stessi diritti in una proporzione determinata. Fingesi che quella sostanza sia rimasta sempre presso il testatore; onde tutti coloro che da lui hanno causa, vuoi eredi o legatarî, o terzi che *medio haeredis* acquistarono, si reputano ritenere le cose ereditarie momentaneamente e senza legittimo titolo, *nomine et vice* dello stesso testatore; il perchè non può chiamarsi altro che *personale* l'azione da cui sono colpiti (*b*). Senza ipoteca e senza dominio, il legittimario è tuttavia fortemente sostenuto nel suo diritto, senza timore di essere soverchiato dai creditori degli eredi, o dal fatto degli eredi pregiudicato. Ciò considerando, disse il principe dei pratici che i creditori del defunto vincono i creditori ipotecarî dell'erede, anco anteriori, benchè non siano forniti d'ipoteca, ma soltanto di un'azione personale (*c*). Il legittimario non dev'essere in condizione

---

(*a*) Merlin Lib. V. Tit. 4. Quaest. 4. non meno importante si è che al legittimario compete *l'azione familiae erciscundae* — L. 2. §. 2. — ibi. Peregr. art. 36. N. 152.

(*b*) La stessa condictio ex lege compete per il supplemento della legittima. L. omnimodo et L. scimus C. de inoff. testam.

(*c*) . . . . ut creditores defuncti quamvis *in sola personali*, vincant creditores haeredis, *quamvis hypotecarios anteriores*. De Luca de dote D. 166. N. 14.

Digitized by Google

peggiore che i creditori del defunto; altrimenti basterebbe un attimo all'erede per alienare tutta la sostanza appena acquistata e defraudare i legittimarî. Ma anche gli eredi stessi istituiti in parti sarebbero in condizione peggiore dei creditori del defunto o dei legatarî perchè non sono difesi da ipoteca; il che non sussiste. Parificato adunque all'erede universale, il legittimario non si sgomenta nè dell'alienazione nè dell'ipoteca fatta dall'erede; è un creditore, ma in faccia a lui non ci sono terzi, propriamente tali, per impedirgli l'effetto immediato che *deriva da un' azione personale che si ha come esercitata contro lo stesso debitore, presso il quale si ritiene esistere ancora il patrimonio, nella parte indisponibile* (*a*).

8. Conosco la confusione in cui versa il foro sul definire il gius anomalo del legittimario, e come debba essersi aumentata la difficoltà sotto l'impero delle forme esteriori. Verrà un giorno che i governi intenderanno la necessità di ordinare un buon sistema di pubblicità fondiaria; e allora vedremo svanire molte difficoltà. L'erede non potrà alienare prima di aver pubblicato il suo acquisto colle detrazioni che ne diminuiscono la importanza; il terzo non temerà che qualche legittimario ignorato esca dall'ombra dopo molti anni a disputargli una parte della sostanza, in buona fede e onerosamente acquistata; lo stesso diritto della legittima dovrebb'esser meglio definito; questo ramo della legislazione ha un vero bisogno di riforma. Le nostre combinazioni ipotecarie, che si mostrano specialmente con tutte le loro complicazioni nelle graduatorie, ci fanno meglio sentire la disarmonìa dell'antico col nuovo. Poniamone un esempio. Concorre senza ipoteca un legittimario sul prezzo del fondo venduto che

---

(*a*) Non obstant contraria, nam licet legatarii remedium hypotecae habeant quia lex sic constituit; non tamen recte infertur, ut sint melioris conditionis quem filii in legitima; nam et haeredes instituti in partibus hypothecam non habent pro consequendis suis partibus, nec tamen inferiores sunt a legatariis. Peregr. art. 36. N. 149. Il legittimario si considera come *un erede in parte*.

Digitized by Google

apparteneva all' eredità. Quistione, se possa concorrere cogli ipotecarî senza ipoteca; se debba prima escutere gli altri beni ereditarî, ipotecati o no, che esistono materialmente presso l' erede, o suoi successori universali, o presso i legatarî; se, come legittimario, che partecipa sulla varietà dei beni ereditarî, e ha diritto alla quota dei beni, possa soddisfarsi di tutto il suo credito sul prezzo di quel fondo venduto, a danno dei creditori iscritti; se costoro abbiano azioni d' indennità verso il patrimonio ereditario, almeno in parte, dopo avere con quel denaro del prezzo soddisfatta la legittima; se per esercitare codeste azioni debbano procacciarsi dal legittimario la cessione delle ragioni. Quistioni se, non concorrendo il legittimario sul prezzo, anche perchè non si ha obbligo d' invitarlo in giudizio non essendo fornito d' ipoteca, possa con azioni di proprietà perseguitare i fondi venuti in mano ai deliberatarî, che acquistarono sotto la fede di un incanto giudiziale. Non posso, almeno in questo luogo, esaminare tante e sì ardue quistioni. Le ho toccate per mostrare che esistono, e domandano la parola del legislatore, anzichè le discussioni del giurista.

§. CCCVII.

Se per lo statuto successorio in vigore, la dote dovuta alle femmine, nella esistenza dei maschi, sia surrogata alla legittima.

1. La risposta è facile. La nostra legge comincia dalla più assoluta esclusione; non già *propter dotem*, come dicono, ma *propter masculos* (§. 117. del regolamento legislativo 10 Novembre 1834) (*a*). Sistema agnatizio a tutto rigore — *dos non succedit loco legitimae;* e stimo non possa farsene quistione (*b*).

(*a*) È troppo nota la distinzione del Castrense in L. Titio centum. §. titio D. de condit. et demonstr. seguìta da tutti i dottori.

(*b*) Fra gli altri, se ti prende voglia, osserva l' art. 11. dell' Annot. 35. del Costantin. ad Stat. Urb. che espone tutti i caratteri della dote succedente o no alla legittima — Bossio — Merlin de legit. De Luca ne discorre compiutamente.

Digitized by Google

2. Qui farò due avvertenze. Richiamando ciò che dedussi sulla detrazione della dote dal fedecommesso, dove io poneva la ipotesi di una dote *loco legitimae* (*a*), non mi resta a dire fuorchè una tale ipotesi vien meno innanzi al nostro statuto agnatizio. Per conseguenza, fintantochè noi siamo retti da tale statuto, la dotanda non può asserire un diritto di proprietà, ma deve in tutto governarsi colle regole che riguardano il diritto semplice della dote, ivi a lungo spiegato.

3. L'altra avvertenza concerne il diritto di trasmettere agli eredi il credito e la ipoteca dotale: diritto che si connette sì strettamente al carattere che distingue tale prestazione, in quanto cioè la dote succeda o no alla legittima.

Tre prerogative principalmente si congiungono al carattere legittimario della dote 1.° la trasmissibilità *ministerio juris* del diritto di dote negli eredi, eziandio che la donna muoia inutta, e malgrado lo statuto disponga, doversi la dote soddisfare all'epoca del matrimonio 2.° la decorrenza dei frutti dal giorno in cui comincia ad esser dovuta la legittima 3.° la immunità da qualunque vincolo condizione o gravame (*b*).

La nostra legge, che ci fa sentire ad ogni passo che la dote della femmina esclusa non è correlativa alla legittima, nega i frutti, cui sostituisce l'alimentazione sino al matrimonio, o sino agli anni venticinque che è la maturità della giovinezza femminile. Ma con gran prudenza rende di diritto trasmissibile la dote agli eredi legittimi; di cui la donna può anche disporre per atto di ultima volontà quando ha toccata quella età in cui *si fa luogo alla tradizione* §. 28. La legge crede che la donna acquisti il senno a venticinque anni. Sicchè in quel tempo e può separarsi dai fratelli, e amministrare la sua sostanza dotale, e pensare alla morte, quasi perduta la speranza del matrimonio. Certo è che la dote è dovuta dal padre all'epoca delle nozze, onde se la fanciulla premuore, non trasmette alcun diritto dotale; che in lei comincia colla morte del padre. La ipoteca che immediatamente

---

(*a*) §. CCXCVIII.

(*b*) Costant. ad stat. Urb. ann. 35. art. 2.

Digitized by Google

acquista sui beni della successione è prova luminosa che il diritto ha cominciato ad esistere, e da quel momento è trasmissibile.

§. CCCVIII.

Forma e privilegio della iscrizione muliebre sui beni della successione.

1. La iscrizione del 117. N. 1. suole precedere una futura costituzione dotale onde non potrà che esprimere una somma da determinarsi alla liquidazione del diritto.

I creditori ipotecarî degli eredi, benchè con ipoteche di data anteriore, saranno posposti alla ipoteca della donna sui beni della successione, atteso il privilegio del §. 83. N. 4.

2. Ho udito da un moderno scrittore pronunciarsi questa sentenza; che ritardandosi la iscrizione della dote da coloro che vi sono tenuti per espresso ordine della legge (§. 132.), le donne conservano *nella successione il dominio di quanto può ad esse spettare a termini di legge fino a che un tal quantitativo non viene loro assicurato a termini parimenti di legge* (*a*). Mi è necessario dissentire dalla opinione di questo egregio e modesto giureconsulto, in cui è tanta bontà di giudizio. Il dominio è una facoltà che nasce dall'intrinseco dei rapporti che ha la persona colla cosa. Per conservarlo, bisogna averlo. La femmina esclusa non ebbe mai dominio di diritto su parte alcuna dei beni della successione, poichè si è già mostrato (§. preced.) che nel severo costume del nostro statuto, la dote non è surrogata alla legittima. Facilmente concedo che il calcolo della parte legittima è strumento opportunissimo a dare la misura della dote (*b*); che da tal calcolo si suol partire nelle quistioni di lesione (*c*); e che quando non si

---

(*a*) Cannetti al §. 132. del regol. Gregoriano.

(*b*) Costant. ad Stat. Urb. ann. 35. art. 36. Mans. consult. 640. N. 5. Mangil. de Imput. legit. Quaest. 51.

(*c*) Boss. de dote c. 13. N. 78. et seqq. Merlin. de legit. Lib. 3. Tit. 1. Qu. 12. Rota post. Costant. ad Stat. Urb. Decis. 104. N. 8. e 9.

Digitized by Google

disputa di dote dal padre assegnata, ma dagli eredi dovuta sui beni della successione, l'arbitrio della quantità è assai più ristretto (*a*). Anzi d'ordinario, se il patrimonio non è assai ricco, mai il còmpito dotale vuol essere inferiore all'importare della legittima. Ma tutte queste belle cose non fanno che il diritto dotale ascenda sino alla proprietà. Anzi noi accordiamo di più; accordiamo ch'esso, e il supplemento, quando occorra, è un vero *jus successorium*, ma essendo particolare, non universale, è nella linea e condizione giuridica dei legati (*b*), e si appoggia sulla ipoteca.

La negligenza degl' iscriventi non potrà mai cangiare tale situazione di diritto. Piuttosto la non fallace preveggenza di simili casi ci farà sentire che noi urtiamo nello scoglio consueto, che siam sempre alle prese colla stessa difficoltà. No: noi non ci siamo ancora impadroniti di quell'istante nel quale la sostanza, con fraude o no, alienata dall'erede, può sfuggire alla ipoteca. La legge con una specie di affannoso anelito sembra invocare da tutte le parti che si vada e si corra ad iscrivere la ipoteca; lo impone agli eredi; lo permette a tutti i parenti delle donne, a tutti quelli del marito (§. 135.); alle stesse donne, come ai minori e agl'interdetti *quibus non est intellectus;* io credo, a ciascuno del popolo. Ma il solo diritto di dominio lega la cosa alla persona in tutti gl'istanti del tempo, e garantisce la continuità dello stato giuridico.

(*a*) De Luca de dote disc. 26. N. 3. 4. Rota Decis. Ferr. suplem. dotis 16 Iun. 1851. cor. D'Avellà.

(*b*) Detta Decis. cor. d'Avellà N. 6. in fin. Quoniam distingui continuo debet jus successorium particulare ab universali, ad quod pertinet legitima tamquam portio haereditatis ab intestato debita — *Utique filiae ex vigenti lege nullum jus habent ad hanc speciem successionis.* Invece il jus successorium del legittimario *è universale.*

Digitized by Google

§. CCCIX.

Dell' obbligo d' iscrivere in coloro che sono obbligati a dotare, e della pena della doppia dotazione §. 134. *del regolamento.*

1. Quanto è lodevole lo spirito di quella disposizione; ma altresì quanto debole è il rimedio, quanto insufficiente! Si è tolto e bisogna dare; si è tolto il dominio, e bisogna dar l'ipoteca. Ma in ciò furono più fortunati i legislatori di Francia che facevano nascere la ipoteca tacita dal seno del diritto. Dove si ricerca l'opera dell'uomo, è necessario il tempo; e qui tutte sono quistioni di tempo.

È certo; la iscrizione può ritardarsi, e aprir la porta ad altre iscrizioni, e dar comodo ad alienazioni funeste. La legge che quell'ufficio impose a coloro stessi che sono obbligati a dotare, ben vide che sarebbe lentamente e male obbedita; e tentò di fare equilibrio alla spinta opposta col timor di una pena. Ma (non chieggo perdono della franchezza che reputo il primo dovere d'ogni scrittore) si dovea riflettere che una tal legge si elude con molta facilità, o perchè in molti casi inapplicabile, o perchè quasi sempre percuote dove non si risponde.

2. Si elude colla finzione, iscrivendo la dote, ma in somma assai inferiore al debito. La legge non punisce l'obbligato se non trascurando la iscrizione del tutto. Non può estendersi da caso a caso una disposizione penale. Chi ha presa la ipoteca a carico proprio per sc. 1000 in luogo di 5 o 6 mila, può addurre ben molte scuse; quella principalmente che la iscrizione è fatta, che la legge è adempita, che la enunciativa della somma è in suo arbitrio, che questa era la sua opinione di buona fede.

Si elude, o a dir meglio, si evita quando il fatto è innocente. Io non so di avere una sorella che nacque lontana, ma credo morta, o che nacque senza degnarsi di farmelo sapere. Non iscrivo per conseguenza il suo diritto dotale, vendo i beni; il terzo non ha più sospetti di quelli che ho io; e tutto va coi suoi

Digitized by Google

piedi. Arriva questa donna, giustifica l'esser suo, domanda la sua dote; sarò tenuto alla doppia dotazione?

Si elude coll'inganno e colla impotenza. L'erede vende tutto, e se ne va pe' fatti suoi. È obbligato alla doppia dotazione; ma non ha niente al mondo, non si sa neppure dove bazzichi mentre parliamo; la povera donna che dovrebb'esser dotata due volte, non può esserlo una volta sola.

Inconvenienti terribili perchè sono nel sistema e non possono ripararsi! Non ho mai veduto applicarsi questa pena con effetto. Io chieggo al pio e santo legislatore che provveggia a questa sventura delle donne, e le ponga in luogo ove non debbano temere le astute negligenze d'ingordi parenti.

§. CCCX. (a)

Della dote spirituale.

1. Le disposizioni che abbiamo nel regolamento sulle doti, e relative assicurazioni ipotecarie, non riguardano propriamente che il matrimonio carnale; ma alla dote spirituale il transito è spontaneo e nell'ordine delle cose.

Cessati i terrori della simonìa, quasichè l'accompagnare la sposa del monastero con un provvedimento dotale fosse un

---

(a) Qui sarebbe luogo di trattare dei rapporti del diritto che nascono dalla esistenza di vari patrimonî, specialmente immobiliari, in diversi Stati, a rilevare le modificazioni che ne derivano sulle teorie della legittima e dotazione fin qui esposte, e a' rispettivi obblighi ipotecarî. Ma nell'ultimo Titolo dell'opera sotto nome di — *Quistioni Ipotecarie Internazionali* — verrò esaminando colla possibile accuratezza non solo questa ma tutte le altre controversie che vi sono relative, sì per non parlarne molte volte, e per raccogliere in uno tutto quello che può dirsene, e che nell'attuale assetto degli Stati italiani, e nel reciproco accordo che vi regna, è divenuto assai importante.

Digitized by Google

mercanteggiare le cose del cielo (*a*), non fu più quistione che la figlia che, per magnanimo spregio delle vanità terrene, abbraccia lo stato monastico, avesse a conseguire la dote. La nostra legge, che è legge di Pontefice, non avere derogata tale giurisprudenza. È poi facile il convincersi che le pratiche ipotecarie non possono cangiar di forma per la diversità dell'impiego del capitale dotale (*b*). O la figlia va in religione vivente il padre, da lui conseguirà la dote spirituale; e allora cessa il bisogno della ipoteca legale, salvo quella convenzionale che forse accordata col monastero. O essa è ancora nel secolo quando muore il padre, il suo diritto dotale si tassa e iscrive in tutto e per tutto secondo le regole consuete. Poich'esso, quantunque non surrogato alla legittima, nè sempre pari alla legittima (*c*) forma il patrimonio della donna, che nubile o sposa, trasmette agli eredi anche per testamento. (§. 28.). Ma non è senza interesse il ricercare 1.° se il padre sia obbligato a costituire alla figlia che si fa monaca la stessa dote che le darebbe vivendo al secolo 2.° se possa in atto d'ultima volontà legarle per titolo di dote spirituale minor somma di quella che ha statuita a favore del matrimonio temporale.

(*a*) Cyriac. controv. 504. N. 21. Gratian. Disc. 254. N. 29. et 30. et Disc. 945. De Luca de dote disc. 11. e 167. Tambur. de jur. abbat. Disp. 5. quaest. 3. Dalle costituzioni e privilegî di Clemente VII., dai continui responsi della S. Congregazione dei Vescovi e Regolari, dalla consuetudine di tutto il mondo cattolico, e dai canonisti in generale, gli antichi canoni (C. non satis et C. quoniam de simonia) ricevettero spiegazioni che oggidì sono affatto fuori di controversia. Difatti non succede perciò cambio veruno o commutazione di cosa spirituale con temporale; ma dando denaro per compenso e indennità di spese che sono necessarie ai bisogni della vita corporale, si dà cosa temporale per temporale. Altrimenti il ministero santissimo del sacerdozio, e tutte le opere salutari che da esso si diffondono, si direbbero conseguire il prezzo della simonìa, quando i ministri dell'altare ricevono la prestazione dovuta al loro mantenimento, e al decoro del culto.

(*b*) La dote della monaca gode anche il privilegio dell'Ant. res quae sui beni del fedecommesso. De Luca de dote disc. 167. N. 30.

(*c*) Meno il caso del §. 27.

Digitized by Google

2. Comincio dalla seconda difficoltà per iscioglier la prima. Ci furono tre opinioni, ognuna delle quali ebbe sostegno di nomi gravissimi. La prima disse che non è lecito assegnare alla figlia monaca minor dote di quella che si deve alla figlia che si marita (*a*). L'argomento sembra chiaro nell'osservare, che il matrimonio spirituale che è il bene dell'eterna salute, non deve riputarsi meno importante, meno utile, che il matrimonio del tempo.

La seconda avverte che i bisogni del chiostro sono meno estesi che quelli del vivere mondano (*b*); e consiglia a tenersi nei termini di una dotazione moderata e conveniente alla qualità e regola del monastero.

La terza pone per base del suo discorso che la dote spirituale, per la santità dell'oggetto, non vuol essere inferiore alla temporale; ma che la massima si modifica radicalmente dalla forza del costume e delle consuetudini che suole assegnare alle religiose una dote di minor conto (*c*).

In coerenza a codeste idee, quei dottori che non permettono di assegnar minor dote alla monaca (*d*), negano al padre la facoltà di distinguere il matrimonio carnale delle altre figlie con più ricco assegnamento.

3. La sola quistione possibile cade, non sulla identità della disposizione legale che è quella delle doti comuni, ma su quella dell'uomo in quanto possa o no restringere i confini dell'assegnazione della dote claustrale (*e*). Il Tribunale della S. Rota, maestro di temperata equità, anche questa volta ha mostrato la indipendente superiorità de' suoi giudizî. Il favore del monastero e

---

(*a*) Afflictus in decis. 948. Neap. — De franchis — Borellus — Boerius Decis. 126. etc.

(*b*) I due Barbosa. Riminald. jun. Cons. 85. e Cons. 466. etc.

(*c*) Ursillus addit. alla decis. 348. dell' Afflict. Molfesius ad consuetud. Neap. Par. 2. Qu. 7. N. 6. Par. 3. — Qu. 8. p. 24. Fontanella Gl. 4. N. 55. etc.

(*d*) Fra questi può nominarsi il Bossius Tract. de matrimon. C. XI.

(*e*) Boss. Tract. de matrimon. C. XI. N. 700. Borell. in summa decis. Lib. 3. Tit. 4. de jur. dot.

Digitized by Google

della religione, esso dice (*a*), non prepondera sino a togliere ai morenti la libertà di disporre (*b*). La ineguaglianza delle assegnazioni non si vuole attribuire a scopo irreligioso, ma al ponderato consiglio del padre di famiglia che, calcolati i bisogni e le convenienze del vivere sociale e del monastico, distribuisce con tal regola la sua sostanza. Nè questo è reale ostacolo al santo impeto di una vocazione religiosa. Chi tutto abbandona per amore di povertà, non si ritrae per desiderio di ricchezza (*c*): idea grande che solo la religione può inspirare agli uomini! D'altra parte il vantaggio economico non è dell'individuo ma del monastero. Chi disprezza le leggi canoniche, le conosce assai male. Si trova giusto e lodevole accomodare il còmpito ai diversi modi, e alle rispettive esigenze della vita; si approva quel misurato procedere del padre; si tien conto della generale consuetudine di dotare più largamente i matrimoni temporali, considerando che il favore delle doti riguarda propriamente e immediatamente la società coniugale e la famiglia (*d*). Il monachismo è certamente una singolarità che non potè comprendersi nelle viste generali di una legislazione la cui origine risale sino al paganesimo. Gli allettamenti dell'interesse non furono mai per le leggi nostre invito e richiamo alla vita monastica. Ciò che s'insegna a quelle anime fervide, cui un'arcana forza sospinge; ciò che si spiega innanzi a loro con una specie di artificiosa diligenza da chi ha la cura di moderare le professioni claustrali, è la pompa, per così esprimermi, delle austerità, delle tribolazioni, dei duri contrasti, degli abbandoni dolorosi; non di lieto vivere per esca di maggior dote. Questa quasi rivoluzione sublime dello spirito umano, come può intendersi nei suoi motivi da coloro che fanno oggetto di scherno i voti e le preghiere che s'innalzano a Dio nella umiltà dei cuori, fra le tenebre della notte, nel silenzio dei chiostri?

(*a*) Nella magistral. 4 Novembre 1613. Rom. Legati cor. Pirovano.

(*b*) Favoriscono questo principio il C. 13. Quaest. 2. L. 1. C. de SS. Eccles.

(*c*) .... ut cogitetur de bonis cum perpetua *viaent* paupertate.....

(*d*) Detta decis. per tot. De Luca ed dote discors. 167.

Digitized by Google

CAPO IX.

IPOTECA LEGALE DELLE MOGLI SECONDO LE LEGISLAZIONI DELLE DUE SICILIE, SARDEGNA, PARMA, MODENA, E TOSCANA.

DIVISIONE I.

Iscrizione della Ipoteca legale e delle cautele che usa la legge onde sia praticata.

§. CCCXI. — *Idee d' ordine.*
§. CCCXII. — *Cenni storici — Belle disposizioni del Codice delle Due Sicilie.*
§. CCCXIII. — *Legislazioni di Parma, Piacenza, Modena ecc.*
§. CCCXIV. — *Legislazione Toscana.*
§. CCCXV. — *Legislazione di Sardegna.*

§. CCCXI.

Idee d' ordine.

Dopo aver trattato con diffusione il diritto d' ipoteca legale delle mogli secondo il Codice francese e pontificio, faremo un rapido esame dei sistemi degli altri dominî italiani, eccetto l'austriaco, che forma sempre una specialità. Eviteremo quanto si possa, le ripetizioni, riportandoci volontieri alle parti discorse. Questo esame comparativo riuscirà più semplice e meglio ordinato diviso nelle trattazioni seguenti — 1.° *Iscrizione della ipoteca legale e delle cautele che usano le leggi onde sia praticata.* 2.° *Delle persone alle quali è dato il diritto della ipoteca legale.* 3.° *Delle persone contro cui è dato.* 4.° *Dei beni ai quali si estende la ipoteca legale delle mogli.* 5.° *Dei crediti e diritti che si comprendono in questa ipoteca.* 6.° *Del tempo o data in cui la iscrizione è operativa*

Digitized by Google

in confronto dei terzi. 7.° Come appendice del diritto d'ipoteca dotale, *Esame dei diritti delle femmine successibili o escluse dalla successione.*

§. CCCXII.

Cenni storici — Delle disposizioni del Codice delle Due Sicilie.

1. Il codice Napoleone venne attuato di qua dal Faro col decreto 21 Maggio 1808. Le leggi ipotecarie francesi furono quelle del regno di Napoli, occupato da re Giuseppe, poi da re Gioacchino. Stavano di là dal Faro gli argomenti di Nelson; contro i quali se non valevano i cannoni, molto meno valevano le leggi.

Il codice Napoleone portò la luce sul caos delle leggi napolitane: accozzaglia di molti secoli, di popoli varî a vicenda conquistatori e conquistati, ricordi e retaggio dei due Guglielmi, di Federico II., di Giovanna; e dei dominî aragonesi, austriaci, e borbonici che generarono le *prammatiche*, specie di legislazione a musaico. Dopo avere con nobilissime cure dato regola all'esercizio politico in quanto crea l'ordine legale (*a*) il re delle Due Sicilie, risalito il trono legittimo, promulgò il codice nazionale (*b*).

2. Ordina l'art. 2020. che ogni ipoteca, *legale*, giudiziale, o convenzionale prenda grado *dal giorno solamente della iscrizione.* Ma nel 2021. dice — *che esiste la ipoteca indipendentemente da qualunque iscrizione — a beneficio delle mogli per ragione della loro dote e convenzioni matrimoniali, sopra gl'immobili dei loro mariti dal giorno del loro matrimonio.* Manifestamente è questa una limitazione del precedente articolo; e un esatto ritorno alla legge francese. Anche una volta prepondera l'interesse morale dei matrimonî all'interesse politico del credito. Ma la legge napoletana oltrepassò la francese nello studio delle cautele, onde la iscrizione fosse prontamente e sicuramente accesa a lume dei terzi.

(*a*) Fra le altre costituzioni fondamentali cito la L. 8. Decembre 1816, 20 dello stesso mese; 24 Marzo e 29 Maggio 1817, 4 Giugno 1822 e 14 Giugno 1824.

(*b*) 26 Marzo 1819 attuata il primo Settembre in amendue i Regni.

Digitized by Google

3. Obbligò i notai: generazione paurosa e solita a far professione di scrupolo e di esattezza per quella disciplina a cui è abituata. *Gli spaventò* colla destituzione dell'impiego, oltre la rifazione d'ogni danno ed interesse (art. 2027.). Ad iscrivere la ipoteca assegnò al notaio rogato un termine di giorni venti. Non bastò. Invocò la diligenza delle camere notariali; le collocò sentinelle sul monte, onde vegliassero quest'obbligo de' notai; impose ad esse il denunciare i *trasgressori* affinchè alla condanna non iscampassero. Trovato infallibile!

4. Per agevolarne la esecuzione il *Reale Rescritto* 26 *Febbraio* 1820 ingiunse ai notai *di far menzione in margine dell' atto originale portante la costituzione della dote, della presa iscrizione per la conservazione delle ipoteche con la indicazione della data e del numero d' ordine del registro;* affinchè le camere notariali, visitando d'ufficio i protocolli, potessero pianamente vedere il fatto loro. Poscia il termine di giorni 20 venne prorogato a trenta *dal decreto* 7 *Aprile* 1828. (*a*). *Colla circolare* 23 *Novembre* 1829. si estese l'applicazione dell'articolo penale alla iscrizione di ogni titolo e convenzione matrimoniale; *l' altra circolare* 17 *Aprile* 1830. dichiarò doversi presentare *unica iscrizione* sì per la dote che per le convenzioni matrimoniali, come antefatto, spillatico ecc.; quella del 27 *Maggio* 1840. sciolse altri dubbî. Essendosi richiesto se per le costituzioni *posteriori* al matrimonio, o per gli aumenti dotali, fossero ugualmente obbligati i notai, fu risposto affermativamente. Era facile che i tribunali interpretassero questa legge severa con una certa mitezza quando il ritardo non avesse arrecato

(*a*) Per chi l'ignorasse, in quella legislazione, i *Decreti* si emanano sopra proposizione del ministro Segretario di Stato, e riguardano le ragioni e i modi onde si devono eseguire le leggi. *Reali Rescritti* si chiamano le sovrane risoluzioni che contengono leggi o autentiche dichiarazioni di dubbî, e partono immediatamente dall'autorità suprema, e in di lei nome si annunciano. *Regolamenti* sono gli atti dei Ministri, che diffondono le istruzioni necessarie ed utili sia per l'eseguimento delle leggi, che per ogni altro ramo di pubblica amministrazione. In generale gli organi legislativi e amministrativi sono in quello stato stupendamente intesi. V. L. 24 Marzo 1817. 14 Giugno 1824 etc.

Digitized by Google

danno. Il sovrano condannò, come abuso, codesta benignità molle dei tribunali; ma sommamente giusto, non riprovò del tutto l'applicazione di pene disciplinari che non arrivassero sino al *maximum* della destituzione. Supponiamo una sospensione più o men lunga. Ma in nessun caso, eziandio di danno non recato, i trasgressori, o innocui o illusi, devono andare esenti da pena. *R. Rescritto Febbraio* 1848 (*a*).

5. Tutto ciò nell'interesse dei terzi, poichè ad ogni modo anche senza iscrizione si mantengono le ipoteche dotali. Innanzi a tante sollecitudini del legislatore, il tacitismo ipotecario sembra meno assurdo. Il legislatore andò più oltre. Chiamò quasi in aiuto o supplemento la voce di coloro che hanno motivo di accalappiare i terzi, e dalla frode li tenne indietro colla controspinta di una pena gravissima. (art. 2023.). Volle adunque che fossero repressi *coll' arresto personale, e l' erede* che, consegnando al coerede i beni soggetti al privilegio legale, o nell'atto della collazione, non avverta il coerede della esistenza della ipoteca legale non iscritta; e il donante che ne avesse fatto un mistero al donatario. La ingiunzione non si limita alla denuncia dell'ipoteca tacita, ma si estende altresì a quella degli altri diritti che s'iscrivono a tempo, ma acquistano data anteriore. E perchè l'interesse non facesse velo a coloro che fossero per disporne, occultando il gravame, si fece del loro silenzio un delitto, e del fatto loro uno stellionato criminalmente punibile.

6. Come si stabilisce il fatto? La legge parla *di coloro che consentono o permettono di costituirsi privilegî e ipoteche sui loro beni immobili senza espressamente dichiarare le loro rispettive qualità e circostanze.* Art. 2023. Deve intendersi di quelle *costituzioni* che dipendono dalla nostra volontà; e di quelle operazioni che noi possiamo impedire. Non crederei che l'argomento valesse per quelle ipoteche che abbiamo *consentite anteriormente, e che s'iscrissero solamente allora; o delle ipoteche giudiziali* innanzi alle quali siamo passivi. Dovrà adunque esserci opposto un fatto da cui risulti

---

(*a*) Il decreto 30 Decembre 1851. fissa la tassa di dette iscrizioni, che è ben tenue.

Digitized by Google

il nostro consenso, non accompagnato dalla dichiarazione dell'occulto e temibile gravame che potrebbe sorprendere il terzo, quando se ne trovasse irreparabilmente colpìto.

§. CCCXIII.

Legislazioni di Parma, Piacenza, Modena ecc.

1. Cominciano le legislazioni, che come la pontificia, esigono la iscrizione, o *notificazione* della ipoteca legale. Il Codice parmense ebbe vigore dal giorno 1 Luglio 1820, e da quel giorno cessarono in quello stato le disposizioni del Codice Napoleone. Modena compose molto più tardi un codice suo proprio. Mantenuto il regolamento del regno italiano, lo venne modificando colle leggi *del* 3 *Giugno* 1823., 30 *Aprile* 1827., 19 *Luglio* 1833. *e* 19 *Decembre* 1836. L'art. 2186. del Codice (25 Ottobre 1851.) adottò esso pure il sistema della iscrizione della ipoteca legale delle mogli. Leggi fondamentali, durarono negli Stati Estensi sino alla nuova legislazione (25 Ottobre 1851.) il Codice Napoleone, i decreti 31 Ottobre 1808. e 12 Decembre 1812 del Governo italiano mantenuti in vigore dal Sovrano editto 28 Agosto 1814 (*a*).

2. In amendue quelle legislazioni il notaio è caricato dell'obbligo di far seguire nell'ufficio la iscrizione della ipoteca legale. Pel Codice di Parma il notaio ha tempo *sino al termine stabilito pel controllo dell'atto medesimo;* una comodità di 15 giorni gli accorda il Codice Estense. Il primo condanna, in difetto, *alla emenda dei danni ed interessi che potessero derivare dalla mancanza o ritardo della notificazione;* il secondo non ha comminatoria, ma è sottinteso che ogni obbligo personale, non adempito, si risolva nell'emenda del danno. Nell'uno e nell'altro codice è stabilito che la ipoteca legale, come ogni altra, non ha efficacia verso i terzi che dalla data *della notificazione o iscrizione;* onde pare sfuggito all'avvedimento di quei legislatori prudentissimi che l'opera del notaio potria tornar vana. Che furia d'ipoteche può

(*a*) Notificazione del Ministero delle finanze 18 Decembre 1836.

Digitized by Google

cadere in quindici giorni sui beni del marito! A quale spaventoso pericolo lasciarono il varco aperto!

Dopo il primo atto cessa giustamente la responsabilità del notaio. Il suo ufficio è esaurito colla consegna della ipoteca al pubblico registro. A sostenerla colla rinnovazione decennale pel codice parmense, subentra il marito. Egli non ha il carico della iscrizione, perchè è briga del notaio, ma bensì della rinnovazione (art. 2207.). E se omette di rinnovarla, e acconsenta la imposizione di privilegî e d'ipoteche senza dichiarare quella della moglie, *è considerato colpevole di stellionato.* Egli sarebbe tratto perciò avanti una corte criminale, qual malfattore, per essere condannato di truffa e furto! Troppo, troppo: tali rigori diventano illusioni: non si vedrà mai un marito sulla banca de'rei per questa cagione. La legge pontificia accolse ancor essa questa povera tradizione francese, ma con savio correttivo (*a*). Vero è che la parmense non percuote il marito colla pena dello stellionato per la sola *omissione della rinnovazione;* ma allora soltanto che vi sia congiunto il tacito o palese acconsentimento ad altre iscrizioni o privilegi: e questa suppone già caduta la ipoteca per difetto di rinnovazione, ed anche per questo riflesso quella legge appare assai censurabile. Caduta la ipoteca legale per difetto di rinnovazione decennale, chi non vede che può avanzarsi impetuosa un'onda d'ipoteche, iscritte nel decennio, e coprire ogni valore immobiliare senza speranza di ricuperare la dote? *Nè la perdita dei lucri nuziali, nè l'accusa di stellionato*, salveranno dal naufragio la donna, più dalla legge che dal marito abbandonata; anzi non dovrà costui neppure rispondere di frode pei fatti anteriori, per avere cioè acconsentito ad iscrizioni aliene nel corso del decennio; iscrizioni che allora venivano primeggiate da quella già accesa della moglie sua. Bisognerebbe stabilire che quando egli convenne in quelle ipoteche, già macchinava di non rinnovare la ipoteca della moglie per dar miglior luogo agli altri suoi creditori; ma quando e come si farà questa

(*a*) V. sopra §. CCLIX.

Digitized by Google

prova? Breve: le pene sono deboli garanzie di fatti la cui prestazione è tanto preziosa agl'interessi delle famiglie; sfuggirvi, è facilissimo; non temerle, è comune; sterili d'effetto sono quasi sempre, perchè i più trascurati sogliono esser quelli che meno hanno da perdere.

3. Il Codice Estense non ha molto migliorata questa giurisprudenza, come può vedersi negli articoli 2188. 2193. Ci sono queste differenze. Che il marito è obbligato col notaio, e, bisogna tenere solidalmente, a curare anche la iscrizione. Ma l'obbligo è esteso al patrigno, *quando la madre tutrice passa a seconde nozze*: che è una disposizione eccellente come più avanti diremo.

§. CCCXIV.

Legislazione Toscana.

Il diritto romano fu sempre in onore nello stato fiorentino. La ipoteca tacita e privilegiata delle doti del sistema giustinianèo vi era ricevuta, salvo alcune modificazioni che una saggia pratica vi aveva introdotte (*a*). Gli statuti non mutarono quest'ordine di garanzie legali; ma specialmente si occuparono della individualità giuridica delle donne che vennero ognor più perdendo di considerazione intellettiva; e una specie di *Mondualdo*, all'uso longobardo, le gravò di perpetua interdizione. Le riforme 30 Luglio 1568. e 12 Agosto 1678. ne resero meno umiliante la condizione collocando la donna sotto l'immediato patrocinio del giudice che insieme al padre o al curatore speciale doveva autorizzarne i contratti. *Rubr.* 115. *Lib.* 2. Considerata pur sempre come un *mobile* di famiglia che non può fondare la perennità dei cognomi e delle stirpi, esclusa dalle successioni nel concorso dei maschi, era stata provveduta eziandio per quest'oggetto di una

(*a*) Le leggi granducali mantennero i favori dell'Autentica *Res quae C. com. de legat.*, in quella del 23 Febbraio 1789. Pietro Leopoldo solleva il privilegio dotale, *sino a quello delle spese funerarie e d'ultima volontà.*

Digitized by Google

ipoteca legale col §. 7. della Riforma 18 Settembre 1620. Dovremo occuparcene più avanti. Nel 1808. il Codice francese abrogò le leggi granducali; la ipoteca legale per l'assicurazione delle doti date in premio alle femmine escluse, disparve col diritto di consuccessione che loro venne accordato. Quanto *alla ipoteca legale delle mogli*, conservato dall'art. 2. della legge 15 Novembre 1814. il sistema ipotecario francese, essa durò nelle stesse condizioni sino al Codice 2 Maggio 1836. Allora soggiacque alla formalità della iscrizione (art. 80.). Nè fu imposta la obbligazione ai mariti *e agli ascendenti obbligati alla restituzione della dote*, che è una bella novità del codice Sardo e Toscano. Altra novità è questa, che prendendosi la iscrizione *entro un mese* dal nascimento della ipoteca legale, la data della iscrizione si trae al giorno della ipoteca, per cui tutte le iscrizioni accese nell'intervallo da terzi, sono posposte. Dopo quel termine non si contano che dalla data (art. 100. 102.); salvo la rifazione del danno, non si vede comminata veruna pena ai mariti e ascendenti ecc. laddove una pressione più energica pesa sui curatori degl'interdetti. Forse perchè la legge, fidente nell'impulso dei naturali effetti, tiene o superfluo o inconveniente aggiungervi lo sprone della penalità.

§. CCCXV.

Legislazione di Sardegna.

1. La legge ipotecaria francese (11 brumajo anno VII.) ebbe dominio in Piemonte sino dal 23 Settembre 1801 (*a*). Caduto l'Impero, il sistema ipotecario, introdotto dal Codice Napoleone, venne sospeso coll'editto 21 Maggio 1814. nella maggior parte di quegli stati; e più anni maturarono nella mente del legislatore l'editto 16 Luglio 1822. Ma la piega delle stranie abitudini non era ancora cancellata. L'art. 39. dell'editto del 1822. lasciò sussistere le ipoteche legali delle mogli senza iscrizione, finchè

(*a*) 1. di vendemmiale anno X. Come si notò altrove il Piemonte formava la 27.ª divisione militare francese.

Digitized by Google

il codice Albertino 20 Giugno 1837. non ebbe adottato il sistema, divenuto pressochè universale nella penisola, dell'assoluta pubblicità. Art. 2214. Impartì il termine di *tre mesi* a prendere la iscrizione, da decorrere dal giorno della costituzione della ipoteca; e in luogo del mese dato in toscana. (§. preced.). Anche questa legislazione restringe la obbligazione del negligente all'emenda del danno; ma il marito è gravato di una multa che può estendersi sino a L. 1000.

DIVISIONE II.

DELLE PERSONE ALLE QUALI È DATO IL DIRITTO DELLA IPOTECA LEGALE *secondo le indicate legislazioni e* DELLA LORO POSIZIONE IPOTECARIA RAPPORTO AI TERZI.

§. CCCXVI. — *Le mogli. E della loro posizione ipotecaria rispetto alle leggi anteriori.*

§. CCCXVII. — *Continuazione.*

§. CCCXVIII. — *Delle vedove e delle donne vedovate prima della promulgazione dei nuovi codici di Sicilia, Piemonte, Parma, e Modena.*

§. CCCXIX. — *Eredi delle donne maritate, quanto alla trasmissione dei loro diritti ipotecarî.*

§. CCCXX. — *Disposizioni transitorie e permanenti dei varî codici per le quali gli esposti principî si confermano.*

§. CCCXXI. — *Delle mogli dei commercianti e dell' effetto della iscrizione della ipoteca legale in prossimità di fallimento.*

§. CCCXXII. — *Tutte le ipoteche che si acquistano nel tempo vietato sono nulle, senza distinzione delle cause che le producono.*

§. CCCXVI.

Le mogli. E della loro posizione ipotecaria rispetto alle leggi anteriori.

1. In Piemonte ebbe dominio la legge di brumajo che tutte le ipoteche legali assoggettava alla formalità della iscrizione. Poi

Digitized by Google

venne il codice francese; indi, dopo un intervallo di sospensione, l'editto del 1822. che mantenne la giurisprudenza della ipoteca tacita. Finalmente il codice Albertino adottò il sistema della pubblicità eziandio per le ipoteche legali.

A Napoli non si conobbe la legge di brumajo, e così negli altri stati italiani, tranne il Piemonte, che stava sotto la mano del popolo invasore e fu la prima sua preda. Napoli soltanto si conservò fedele alla tradizione della ipoteca tacita. Toscana, Parma e Modena accettarono la idea italiana e germanica della iscrizione per ogni ipoteca.

2. Tutti codesti codici, trattando della ipoteca matrimoniale, parlarono *delle mogli;* di quelle donne cioè che vivevano in istato di legittimo matrimonio al tempo in cui quelle varie legislazioni vennero in luce.

Se si discorre di matrimonî nati dopo di esse, non può sorger dubbio; tali matrimonî furono dominati dalle nuove leggi, che decisero del presente e futuro loro destino ipotecario. La quistione si mostra solamente allora che si vuole considerare, come operasse la ipoteca delle mogli in ordine a quei matrimonî che le nuove leggi trovarono esistenti ma che avevano avuto principio prima della loro promulgazione.

È chiaro che i rapporti di diritto fra la ipoteca muliebre e quelle dei creditori del marito diversificavano, quanto o le antiche o le nuove leggi diversamente disponessero.

3. In Francia la sciolta e confusa legislazione antica si ordinò, prendendo il nuovo assetto, nella legge di brumajo. Il codice fu costretto a rispettare i rapporti di diritto che quella legge intermedia aveva prodotti. E fu cauto nell'art. 2135. che terminava così « In nessun caso la disposizione del precedente articolo non » potrà pregiudicare alle ragioni acquistate da terze persone pri- » ma della pubblicazione del presente titolo ». Con ciò era posto un limite alla regola generale che contava la data della ipoteca *dal giorno del matrimonio.*

La legge di brumajo ingiungeva la iscrizione delle ipoteche matrimoniali; il codice le dispensava da tale formalità. Poteva accadere che le donne maritate nell'intervallo delle due leggi avessero presa o trascurata la formalità della iscrizione. Se avevano

Digitized by Google

già presa iscrizione, esse avevano senza dubbio conservato il loro grado in confronto degli altri creditori ipotecarî; la iscrizione diventò inutile al comparire del codice ma intanto avea operato il suo effetto. La quistione non poteva nascere che rispetto a coloro che non avevano adempito a quella formalità.

Il codice non ebbe che una sola data sì pei matrimonî anteriori che pei posteriori, quella dello stesso matrimonio. Contuttociò la proficua riserva dell'art. 2135. impediva che il rimontare della ipoteca tacita conculcasse dei diritti che nella savia loro previdenza i terzi avessero già acquistati.

Codesti diritti prelativi, i terzi gli avevano acquistati colla iscrizione. La donna maritata non poteva più vincerli; quindi, giustamente negato alla ipoteca muliebre un effetto retroattivo, essa incontrava un ostacolo nella iscrizione presa dal terzo, che limitava la sua efficacia temporale, e la respingeva nel tempo successivo.

Tutto ciò non aveva nessun dubbio nel senno dei giuristi francesi (*a*). Solo quel creditore, non privilegiato, che pure avesse trascurata la iscrizione trovò peggiorata la sua condizione; il codice fece risalire la ipoteca tacita sino al giorno del matrimonio, in qualunque tempo fosse stato celebrato; gli altri creditori, non furono aiutati a risalire dalla stessa leva, e non potevano contare il loro tempo che da quella iscrizione che avessero curato di prendere dopo la legge del codice (*b*).

Queste fasi della giurisprudenza ipotecaria si videro in Piemonte come in Francia; negli altri stati italiani il modo era diverso. Le donne maritate non furono mai soggette alla iscrizione pei loro crediti matrimoniali. Quindi non potevano mai essere rimproverate di trascurate formalità; come nessun terzo poteva vantarsi di averle superate col vantaggio di maggior diligenza.

5. Benchè tutto questo a prima vista sembri pianissimo, restano a farsi delle osservazioni gravi.

(*a*) Tarribl. rep. di giurispr. V. iscriz. ipot. §. 3. Grenier N. 238.
(*b*) Troplong N. 629.

Digitized by Google

L'art. 2135., accordando alla moglie una ipoteca efficace dal giorno del matrimonio, eziandio senza iscrizione, preservava i diritti dei terzi, legittimamente acquistati. In quegli Stati nei quali regnò la legge di brumajo, la qustione della priorità dipendeva dalla iscrizione. Ma negli altri, e cioè in tutti gli Stati d'Italia, meno il Piemonte, la quistione d'anteriorità si presenta assai più complicata; e tante ne involve quant'era la varietà delle leggi e degli statuti che dominavano ad ampliare o restringere le prerogative della ipoteca matrimoniale; quistioni toccate in altri luoghi dell'opera (*a*), e delle quali dobbiamo ora passarci.

§. CCCXVII.

Continuazione.

1. Giustamente qualcuno osservò che il Codice Civile, facendo risalire la ipoteca delle donne maritate al giorno del matrimonio, non fece in sostanza che *avvisare ai mezzi giuridici della sua conservazione.* Posta la legislazione nuova sul confine di una legislazione diversa che imponeva senza eccezione l'obbligo d'iscrivere le ipoteche, venne a derogarvi in favore del matrimonio; e nel suo spirito disse chiaramente che, malgrado quell'ordinamento, le donne in qualunque tempo maritate, e che non avevano accesa la iscrizione, dovevano considerarsi come se accesa l'avessero; poichè da tale omissione non dovevano risentire alcun danno, salvo sempre il *jus quaesitum* del terzo. Questo è il vero e profondo concetto dell'art. 2135. N. 2. È chiaro che quando la legge disse, io conservo la ipoteca alle donne maritate che non presero iscrizione, e come se l'avessero presa sino dal giorno del matrimonio, *non determinò in un modo assoluto e generale, che la ipoteca matrimoniale non dovesse avere mai che quella data*, ammesso il caso che le mogli fossero state provvedute di privilegi più utili nel tempo in cui il matrimonio contrassero (*b*).

(*a*) §§. CCXLIX. CCL. CCLI. CCLII. ecc.

(*b*) Per esempio dove, reggendo il diritto romano, poteva credersi in vigore il privilegio della L. assiduis.

Digitized by Google

2. Fin qui abbiamo discorso di quella ipoteca tacita che accordata nel 2135. N. 2. del Codice francese (*a*), venne ripetuta nel Codice Siciliano art. 2021. N. 2.

Altre ipoteche c' erano a cui il Codice francese non attribuiva la data del matrimonio, ma date posteriori, come fu per noi dichiarato ai luoghi opportuni (*b*). Le leggi anteriori al Codice potevano avere attribuito alla moglie una situazione più vantaggiosa. Il Codice recò alla condizione giuridica delle donne favori e non danni. Per venire agli esempi l' art. 2135. del Codice francese, e il 2021. del Siciliano, solo dal *giorno dell' apertura delle successioni attribuiscono ipoteche pei capitali dotali provenuti da eredità durante il matrimonio, o dal giorno in cui le donazioni hanno conseguito il loro effetto*, per quei capitali che da donazioni derivano. *Per l' indennità dei debiti contratti dalla moglie unitamente al marito, e pel rinvestimento dei beni proprî alienati.*

Certi statuti, anteriori alla legge di brumajo, attribuivano alla moglie per questa stessa causa una ipoteca, che in luogo di verificarsi all' epoca di quegli avvenimenti, nasceva invece nel giorno stesso del matrimonio. Lasciando stare se quel còmpito fosse giusto, basta che il fatto esistesse. La donna maritata acquistò essa il diritto d' ipoteca che le veniva attribuita da quelle leggi nel tempo del suo matrimonio, oppure fu costretta a subire quella data che fu designata dal Codice?

Motivo di dubitare potrebb' essere che il Codice trovò ancora esistente il matrimonio, come noi supponiamo; ma questo riflesso, decisivo rapporto a quelle disposizioni che favorivano la condizione delle donne maritate, non può avere una retroattività ad esse dannosa. Per questa considerazione, non meno decisiva, convien tenere per fermo che *quando l' avvenimento ebbe la sua completa consumazione sotto la legge antica, la donna aveva acquistato irremovibilmente il diritto d' ipoteca con quella data, che non poteva più perdersi in virtù delle leggi nuove senza manifesto vizio di retroattività.*

(*a*) *A vantaggio delle mogli, per ragione delle loro doti e convenzioni matrimoniali.*

(*b*) §§. CCXXXII. CCXXXIII. CCXXXIV.

Digitized by Google

3. Per la conservazione di tali diritti torna il distinguere fra quei dominî nei quali ebbe o non ebbe impero la legge transitoria di brumajo; poichè, ove questa imperò, fu d'uopo alle donne maritate iscrivere quei diritti, sotto pena di vederli superati da quei creditori d'altro tempo che le proprie ipoteche avessero iscritte (*a*).

4. Ma se l'avvenimento non conseguì la sua consumazione completa nel giro della legge anteriore, come se l'obbligazione che stabilisce il diritto d'indennità (V. sopra N. 2.) nacque sotto la legge del Codice, o sotto la stessa legge si aprivano le successioni che verificarono le donazioni a favor delle mogli, le opinioni sono divise.

Io stimo con Troplong (*b*) contro Grenier (*c*) che *quel diritto d'ipoteca si fosse irrevocabilmente acquistato, e non potesse venir meno in pregiudizio delle donne maritate sotto l'antico statuto pel sopraggiungere della legge nuova.*

Nondimeno il provare questa proposizione è men facile di quello che si crede. O almeno per farlo chiaramente si richiederebbero molte parole, se una considerazione non vincesse tutte le altre. È il favore del matrimonio. Le leggi che attribuivano alle mogli una ipoteca immediata, e come a dire, anticipata, per quei diritti eventuali che avevano contemplati nominalmente, stabilivano in loro favore un gius inalterabile; nè comportavano che i rapporti dei conjugi fra loro, e di questi nei terzi rimanessero incerti. La ipoteca fu realmente acquistata benchè sotto una condizione; condizione però che non riguardava che l'effetto.

5. In ordine alle leggi francesi o alle siciliane che *mantennero la ipoteca tacita*, il discorso procede con una certa semplicità. Gli antichi statuti diedero ipoteca a favore della moglie per quei diritti eventuali a cui quei codici attribuiscono in tempi posteriori una data diversa. Per quella posizione giuridica non era

---

(*a*) Grenier N. 239.

(*b*) N. 631.

(*c*) N. 242. Le decisioni stesse dei tribunali furono varie e contraddittorie; niuna magistrale per istabilire fortemente il principio.

Digitized by Google

necessario *factum hominis*, nè l'aggiunta di veruna formalità. I terzi che non avevano diritto di essere avvertiti dalla iscrizione, si vedevano costretti a investigare i titoli originarî, apprezzandoli secondo le viste diverse di quei codici: briga inevitabile sotto l'impero delle ipoteche tacite.

Ma è chiaro che negli altri paesi d'Italia, in cui furono codici che prescrissero la iscrizione della ipoteca legale delle mogli, convenne assumere quella formalità per conservarli.

6. Parlando del reggime della comunione (al quale sistema appartengono i diritti eventuali di cui veniamo ragionando) notammo che quella merce francese non ebbe molto spaccio fra noi (*a*); nondimeno essendosi introdotto anche in Italia quel regolamento col codice napoleone, gran numero di matrimonî era stato celebrato col reggime comune prima delle ristaurazioni. Negli Stati del Pontefice, e negli altri centrali come in toscana, parmeggiano, ed estense, quel sistema scomparve; in Piemonte fu profondamente modificato. *Due ordini di diritti eventuali, e di corrispondenti ipoteche noi possiamo concepire;* di quelli che si *fossero acquistati anteriormente al Codice napoleone con una data contemporanea al matrimonio; e di quelli che furono regolati dalla legge del Codice*, colla sola data dell'evento.

Nei paesi *d'ipoteca iscritta*, fu d'uopo conservare col mezzo della estrinseca formalità tanto la ipoteca che si fosse acquistata in virtù degli statuti anti-napoleonici, quanto quella che si fosse acquistata sotto il codice napoleone atteso l'avveramento dei casi considerati nel §. 2135. N. 2.

7. *Quid* se non si fossero ancora avverati quei fatti a cui il codice napoleone non attribuiva ipoteca se non dal giorno dell'evento? (*b*). Io credo che avessero dovuto iscriversi come ogni altro diritto eventuale.

(*a*) §§. CCXXI. CCXXVII.

(*b*) 2135. d. *donazioni ecc. indennità ecc.*

Digitized by Google

§. CCCXVIII.

Delle vedove e delle donne vedovate prima della promulgazione dei nuovi codici di Sicilia, Piemonte, Parma, e Modena.

1. Le dottrine stabilite rapporto all'acquisto e alla conservazione dei diritti ipotecarî delle donne maritate sono anche quelle che danno regola a giudicare dei diritti delle *vedove*.

La successione di tanti codici diversi ci obbliga a distinguere le epoche. *Le donne maritate in Francia o in Piemonte*, vigente la legge di brumajo, dovevano iscrivere le loro ipoteche legali, sotto pena di essere superate da altri creditori, non privilegiati, che avessero curata la iscrizione delle loro ipoteche (§. CCCXV.). Il codice civile dispensandole da tale formalità, rispettò i diritti che i terzi avessero acquistati colla pubblicazione dei loro crediti ipotecarî. Ma quando il codice Albertino ordinò la pubblicazione delle ipoteche legali, le mogli furono obbligate ad iscriverle per conservare la loro data. Così, supponendo in Piemonte un matrimonio contratto prima o dopo il 23 Settembre 1801 (*a*), continuato sotto il codice francese, indi sotto l'Albertino nel 1837, le mogli avrebbero dovuto nella prima epoca iscrivere la ipoteca, ne furono esenti nella seconda; e sotto la disciplina antica tornarono nella terza. Nel regno di Napoli ne furono sempre dispensate. Negli Stati centrali la iscrizione fu decretata, in diversi tempi, dopo l'abolizione del codice napoleone. In tutti questi codici la ragione ipotecaria delle donne maritate prima del codice francese fu mantenuta, come un *jus quaesitum;* solo variò il modo della conservazione.

2. Ora possiamo immaginare delle donne *maritate e divenute vedove prima del codice napoleone*. Costoro non acquistarono mai il diritto alla ipoteca tacita. Se strinsero il nodo sotto la legge di brumajo, erano già obbligate a prendere iscrizione; sotto il codice non potevano conservare i loro diritti senza conservare

---

(*a*) 1. Vendemmiale anno X. della repubblica francese.

Digitized by Google

insieme la loro iscrizione. Maritate sotto legislazioni sciolte dall'obbligo della iscrizione, furono obbligate a prenderla sotto la legge del codice (*a*). In quei paesi d'Italia ai quali fu applicato l'editto Vice-reale del 25 Ottobre 1808. o la legge della Consulta straordinaria del 1809. (V. i nostri §§. CCXLIX. CCL. CCLI.), le vedove dovevano prendere iscrizione secondo quelle leggi (*b*).

Donne maritate, anteriormente al codice, e divenute vedove sotto il codice prima delle leggi della ristaurazione.

Avendo acquistata una ipoteca tacita, poichè il codice le trovò in istato di matrimonio, la conservarono in istato di vedovanza senza bisogno d'iscrizione (*c*), ma furono tenute ad assumerla sotto le leggi nuove, eccetto il regno delle due Sicilie.

Donne maritate in qualunque tempo e fatte vedove dopo le leggi delle ristaurazioni. È chiaro che avendo dovuto iscrivere le loro ipoteche (e fuor che a Napoli, dappertutto), quello fosse il solo *modo giuridico per conservare la loro data.*

§. CCCXIX.

Eredi delle donne maritate, quanto alla trasmissione dei loro diritti ipotecarî.

1. Sciolto il matrimonio per la premorienza della moglie, come discendono negli eredi, come si conservano i suoi diritti ipotecarî?

La ipoteca matrimoniale non vien meno col matrimonio; ciò è indisputabile (*a*). L'azione, che senza dubbio si trasmette, sarebbe ordinariamente inutile, quando la ipoteca cessasse *ipso jure* colla morte di uno dei coniugi.

(*a*) Troplong N. 631. bis.

(*b*) §. CCLXXII.

(*c*) Questa è la mia opinione altrove manifestata: la Rota non fu di questo avviso nella Decis. 17 Aprile 1820 cor. Tiberi.

(*d*) §§. CCLXXXIII. CCLXXXIV.

Digitized by Google

Il diritto degli eredi della moglie predefunta in principio generale è sulla stessa linea di quello delle vedove, e nello stesso modo si governa.

2. In qualche luogo la nuova legge ha dato delle norme per iscrivere quelle ipoteche le quali non avevano innanzi bisogno d'iscrizione, o per conservarle, sciolto il matrimonio. Lo abbiam visto trattando del sistema pontificio (*a*). Tutto ciò è *quistione di tempo*. Nessuna legge ha tolto di mezzo il diritto d'iscrivere, se la ipoteca non fu presa durante il matrimonio, o cadde perenta per difetto di rinnovazione. In alcuni paesi sono prescritte certe forme, affinchè gli eredi possano validamente conservare la ipoteca matrimoniale della moglie predefunta; e di ciò sarà discorso altrove. Tornando ora alla quistione di tempo, ci sono leggi che potrebbero chiamarsi impazienti di vedere il nome degli eredi surrogato sulla pagina d'ufficio a quello della moglie che non è più. Esse fissano dei termini più o meno lunghi, oltre i quali non c'è via di conservare il grado antico, ma si ottiene semplicemente il posto della data nuova.

§. CCCXX.

Disposizioni transitorie o permanenti dei varî codici per le quali gli esposti principî si confermano.

Veggasi come l'esposte teorie siano sostenute dalle leggi positive che nei varî Stati disposero sulla conservazione della ipoteca legale.

Delle leggi delle Due Sicilie, che surrogate al codice napoleone, mantennero la stessa ragione d'ipoteche legali, non fa mestieri alcuna osservazione.

1.° *Sardegna.*

Iscritta una volta la ipoteca della moglie, dura nel medesimo stato finch'essa vive, *ed eziandio a favore dei di lei discendenti ed eredi finchè saranno minori, o sinchè durerà l'usufrutto in favore*

(*a*) §§. suddetti.

Digitized by Google

dell' ascendente sui crediti e sulle ragioni per cui era iscritta l' anzidetta ipoteca, e pendente un anno successivo, ed a favore di altri eredi durante un anno dall' aperta successione della moglie. Art. 2239.

Così la vedova rimane sempre nel possesso della sua iscrizione, senza bisogno di verun altro fatto; e l' erede della moglie predefunta può mantenerne le ragioni.

2.° *Toscana.*

Il motu-proprio del 1836 dava tempo *un anno* alla iscrizione delle ipoteche legali che sino allora ne furono esenti. Le ipoteche iscritte in quell' anno conservavano la data primitiva, quella cioè che era determinata dalla legge che vigeva alla celebrazione del matrimonio. Le ipoteche iscritte posteriormente presero grado dal giorno della iscrizione. Art. CCV.

Tutto fu previsto. Il motu-proprio è del 2 Maggio 1836. se guardiamo alla segnatura; ma la sua esecuzione non cominciava che il 1 Luglio. *La ipoteca legale competente alla moglie per la dote o per la convenzione matrimoniale, come quella dei minori e interdetti* contava *l' anno* dal giorno in cui il motu-proprio sarebbe *reso esecutorio.* Art. CCVI.

3.° *Parma ecc.*

Sì la validità che il diritto di prelazione delle ipoteche e privilegî *preesistenti alla pubblicazione del codice* era stata determinata dalle leggi vigenti *all' epoca in cui ne fu acquistato il diritto. Art.* 31. *Appendice ecc.*

In questo bel codice è più esplicita la osservanza del *jus quaesitum.* Le notificazioni (iscrizioni) di quei privilegî ed ipoteche già fatte, valevano secondo le forme già ricevute; le posteriori al nuovo codice varrebbero benchè non si facessero che in conformità delle nuove forme. Art. 32. (*a*).

Entro un anno potevano conservarsi colla notificazione le ipoteche legali, preesistenti ed esenti dall' obbligo della iscrizione; notificate in seguito conterebbero la data dal giorno della iscrizione. Art. 33.

(*a*) Agg. Decreti 12 Ottobre 1820. N. 138. 139. 140. Altri tre Decreti 30 Ottobre 1821. N. 118. 119. 120. — Decreti 21 Febbraio 1822. — Notificazione Presidenziale 10 Maggio 1822.

Digitized by Google

4.° *Stati Estensi.*

Le stesse regole sono stabilite negli *art.* 28. 29. 30. 31. *delle Disposiz-Trans.*

Meno alcuni accidenti di tempo, una bene intesa uniformità regna nei nostri codici, ai quali è facile confrontare le esposte teorie, §§. CCCXV. e segg. (*a*).

§. CCCXXI.

Delle mogli dei commercianti e dell' effetto della iscrizione della ipoteca legale in prossimità di fallimento.

1. « Le iscrizioni (diceva l' art. 2146. del Codice francese) non » producono alcun effetto, quando siano state eseguite fra quel- » l' intervallo di tempo durante il quale gli atti fatti prima del » fallimento sono nulli ».

(*a*) Le risoluzioni che ho creduto di esibire intorno al principio — de jure quaesito non tollendo — mi sembrano giuste. Per noi sono divenute di poca importanza le quistioni intermedie sul modo di conservare le ipoteche delle vedove o degli eredi per quei matrimonî che si sciolsero sotto la legge del codice napoleone. Io tenni col Merlin preferibile l' opinione che non fosse d' uopo d' iscrizione. (§. CCLXXIII.). La giurisprudenza italiana non ha mai avuto fermi propositi su tale quistione, di nascita e indole francese. V. Decis. 30 Gennaio 1826 del Senato Piemontese in causa Colarato contro Viale; 3 Marzo 1841 contro gli eredi Ferren. *Annali di Giurisprud. T.* 1. *p.* 515. *Tom.* 7. *p.* 235. 257. 258. *Pastore all' art.* 2170. Per la Toscana V. Sabatini N. 1018. 1019. e segg. La decisione rotale citata al §. CCCXVII. N. 2. *Nota.* ha il caso d' ipoteca legale non mai iscritta; e che, sciolto il matrimonio, veniva opposta *da erede estraneo* e creditori legittimamente iscritti. Essendo passati i sei mesi accordati dal M. p. del 1816 a conservare la data della ipoteca legale, la Rota ebbe ragione di preferire le ipoteche iscritte. Questo deve principalmente guardarsi nelle decisioni rotali, cioè l' oggetto della causa e della sentenza. Gli estensori sogliono poi infiorare le decisioni di regole che non furono punto necessarie a formare il criterio dei giudici, e che spesso spesso oscillano sotto la mano. Quella decisione ne porge l' esempio.

Digitized by Google

La varietà delle opinioni mostra che si tratta di una quistione grave. La stessa disposizione è nell'art. 2040. del Codice Siciliano (*a*).

Codice Sardo. « *L'iscrizione* non ha alcun effetto quando non » sia stata presa *prima dei dieci giorni immediatamente precedenti* » *il fallimento o la cessione dei beni.* Sono esentate le iscrizioni dei » privilegî ed ipoteche acquistate anteriormente, e per cui il ter- » mine utile per conservarne l'anteriorità non fosse ancora sca- » duto ». Art. 2218.

Codice Toscano. « Nei dieci giorni precedenti al fallimento non » si acquista validamente *nè pegno nè ipoteca* di qualsivoglia spe- » cie sui beni del mercante, e non possono iscriversi le ipote- » che acquistate innanzi; sono poi nulle e di nessun effetto le » iscrizioni di ogni privilegio ed ipoteca, qualunque ne sia l'e- » poca, prese *dopo il giorno dell' apertura del fallimento* dichiarato » dal tribunale ». Art. 89.

Codice Estense. « La ipoteca legale giudiziale e convenzionale » dev'essere *iscritta* nella forma e nei termini stabiliti dalla leg- » ge. Essa non produce effetto quando sia stata iscritta *dopo la* » *cessione dei beni o la dichiarazione di decozione o fallimento* ». Art. 2136.

Il regolamento pontificio — parlando solo dei privilegî « Non » può acquistarsi nè avere effetto alcuno dei privilegî enunciati » nei capitoli seguenti sopra i beni mobili ed immobili del de- » bitore decotto. Si ritiene come decotto il debitore *dieci giorni*

(*a*) La nuova legge francese sui fallimenti ha modificato quel diritto — Art. 443. — I diritti d'ipoteca e di privilegio validamente acquistati » possono iscriversi sino al giorno in cui il fallimento è giudizialmente » dichiarato. Nondimeno le iscrizioni prese dopo l'epoca della cessa- » zione dei pagamenti, potranno esser dichiarate nulle, decorsi altri » giorni 15 fra la data dell'atto costitutivo della ipoteca o del privile- » gio e quella della iscrizione. Questo termine sarà aumentato di un » giorno per ogni cinque miliametri di distanza fra il luogo in cui sa- » rà stato acquistato il diritto d'ipoteca e il luogo ove la iscrizione è » stata presa. —

Digitized by Google

» *prima* della sentenza che ammette la cessione dei beni o che » dichiara convocato il concorso universale; salvo il disposto, » pei casi di fallimenti, delle leggi di commercio ».

§. CCCXXII.

Tutte le ipoteche che si acquistano nel tempo vietato sono nulle, senza distinzione delle cause che le producono.

1. Nella proscrizione di quelle leggi si comprendono le ipoteche d'ogni ragione o sono eccettuate le ipoteche legali?

La risposta è divenuta assai facile per le leggi nostre. I francesi andarono in opinioni diverse, per un motivo proprio alla loro giurisprudenza, seguìta dal codice Siciliano, rapporto al quale si rinnovano le stesse difficoltà. Il motivo di dubitare era principalmente in quel loro sistema della ipoteca tacita. Che era mai la *iscrizione* verso la ipoteca legale delle mogli e dei minori? Una dimostrazione estrinseca non necessaria alla validità ed efficacia della ipoteca, e solo richiesta in alcuni casi indicati dalla legge, non già a stabilirla, ma ad annunciarla. « Non è già la iscrizione che dà loro la esistenza, e la efficacia », diceva Grenier (*a*) « esse esistono con tutti i loro effetti e in tutta la loro estensione, indipendentemente dalla formalità della iscrizione, risalendo ai fatti ai quali la legge si applica ». Grenier, nelle poche parole che dice su questo argomento, pare voglia esprimere il seguente giudizio: che cioè la *iscrizione della ipoteca, non necessaria di natura sua alla efficacia della ipoteca, non è colpita di nullità, quando il matrimonio sia anteriore ai dieci giorni:* e se questo, come pare, è il suo avviso, vuolsi riconoscere per giusta e vera sentenza.

2. Si è gridato contro quella legge che, anticipando di dieci giorni il fallimento effettivo, mette in tumulto e confusione una moltitudine di affari probabilmente operati in buona fede. Non vi è forse tempo in cui il commerciante spieghi tanta sicurezza

---

(*a*) N. 126.

Digitized by Google

come in quello della sua agonìa. Egli moltiplica le sue forze morali e le sue pompe esteriori per imporre una fede che non è più nel suo cuore. È facile inciamparvi dentro. Crederò senza molto oppormi che quella legge sia cattiva, tanto più che le riforme posteriori danno autorità a tale giudizio della critica. Ma volendosi trovare la ragion della legge, qui si dimostra, non propriamente nel sospetto di frode, ma più presto in un certo modo di giudicare il fallimento del commerciante che si crede aver cominciato dieci giorni prima che la sua condizione si manifestasse al pubblico colla chiusura dei magazzini, colla fuga, e colla valanga delle cambiali protestate. Perciò non si fece distinzione fra iscrizione ed iscrizione; fra quelle che il fallìto consente spontaneo, e fra quelle che subisce suo malgrado come le giudiziali. Venne un tempo di crisi nell'economia del commerciante che non permise di coordinare i creditori con gradi di preferenza sopra un pegno che cominciò a divenir comune quando, nella impotenza di regolarlo, il patrimonio del debitore cessò per così dire dall'appartenergli. Ciò fu dieci giorni prima che il suo fallimento fosse conosciuto nell'universale. Secondo questo criterio, stava bene ad ogni modo il distinguere di Grenier, poichè chi aveva già acquistato il suo grado ipotecario, come le donne già maritate, non acquistava nulla di nuovo perchè nel decendio fosse accesa quella iscrizione che, rapporto alla efficacia nativa della ipoteca, era una superfluità. Quindi avrebbe errato il Pardessus, salvando dal naufragio la ipoteca del minore, perchè necessaria; e lasciando affogare quella della moglie del commerciante, perchè quivi è un elemento *potestativo* che nell'altro non esiste (*a*). Avrebbe errato il Troplong difendendo la ipoteca dalla moglie acquistata nel giro dei dieci giorni, attesochè il suo acquisto non nasce *dalla stipulazione*, ma dalla legge *dal cui ministero essa riceve la ipoteca interamente stabilita*. È giusto che la ipoteca acquistata precedentemente non si abbia a *perdere*, quando essa già sussisteva senza iscrizione. Per la stessa ragione la ipoteca che la moglie non avrebbe acquistata che nei

(*a*) Cours de Droit Commerc. T. 4. p. 278.

Digitized by Google

dieci giorni, è colpita di nullità sebbene non iscritta; se poniamo che in principio assoluto, e per viste generali, plausibili o no, fosse intendimento della legge che nessun creditore acquistasse preferenza sull'altro nei beni del debitore già considerato in istato di fallimento. Posto il quale intendimento è vano investigare la causa dell'acquisto; e se la ipoteca nascesse dalla convenzione o dalla legge. La ipoteca dei minori non si difende meglio, se la tutela, che dà causa alla ipoteca, si verifica nei dieci giorni. Quale imbarazzo in un concorso di creditori quella ipoteca nuova che ha per oggetto di garantire il minore dalle future dilapidazioni di un tutore! Quante cose si potrebbero dire! Come mai si avrebbe ad accettare per tutore un fallito? Perchè i creditori del fallito dovrebbero vedersi fra' piedi questo ostacolo che non poterono nè prevedere nè calcolare? Ma fra i moltiplici aspetti della quistione fermiamoci ad un solo. Lasciamo le cause, e teniamoci agli effetti. *Non può acquistarsi pegno e ipoteca nei dieci giorni.* Ecco il voler della legge. Quistione nuda e pura di tempo. Se la iscrizione non è il mezzo di acquistare, ma una semplice rivelazione di un fatto giuridico preesistente, come nelle ipoteche tacite francesi e siciliane, non guarderemo alla iscrizione, *ma al tempo in cui la ipoteca si acquistò.* E avremo per nulla quella che non avrebbe avuto vita che dentro il termine vietato. Perciò dissero ottimamente e il Persil (*a*), e il Devincourt, e il Duranton (*b*), e il Chiesi (*c*).

(*a*) Reg. hyp. art. 2146. N. 2. e 9.

(*b*) N. 89.

(*c*) N. 607. « La disposizione di questo articolo (413.) è generale e non può non essere applicabile a qualunque ipoteca o convenzionale o giudiziale o legale. Se pertanto nei dieci giorni che precedono il fallimento, prenderà moglie, *questa non potrà pretendere alcun gius d' ipoteca legale sui beni di lui, e sarà nel numero dei creditori chirografari* » riportandosi a Persil. Ciò che poi disse il ch. autore al N. 903. non può aversi come una contraddizione, e convien credere sia subordinato a quella massima sì chiaramente annunciata.

Digitized by Google

3. Ma in quei sistemi nei quali la ipoteca legale non ha virtù se non perfezionata dalla iscrizione, tutte codeste controversie cessano. Non si ha più occasione di disputare, se la ipoteca senza iscrizione, o iscrizione d'ipoteca preesistente, sfuggano al divieto; *ma tutto si riduce a conoscere la data della iscrizione.* Toscana e Modena non proibiscono il pegno e la ipoteca che dal giorno in cui la decozione o il fallimento è legalmente dichiarato. È ragionevole che la *decozione*, che è fatta palese dalla formale cessione dei beni, abbia gli effetti del fallimento, solo proprio del negoziante, per fissare lo stato creditorio.

4. E si conclude che la moglie del negoziante *non può validamente iscrivere ipoteca a garanzia delle sue doti nei dieci giorni che precedono il fallimento del marito;* o dopo il fallimento dichiarato, secondo le leggi di Toscana e di Modena. Inconveniente non grave per l'interesse delle mogli, e poco considerevole verso l'interesse generale del credito. Perciocchè o la dote fu già costituita molto prima, la moglie stessa o chi ha dovere di assumere la iscrizione, non è senza colpa di negligenza; l'avere poi, per iscriverla, aspettato quei momenti tenebrosi, è indizio di frode urgentissimo. O realmente il matrimonio nacque in quel tempo (che è cosa rarissima, e forse non si trova a cui giovi di accendere le faci d'imeneo mentre scoppia l'incendio del fallimento) non può supporsi che la moglie o chi l'assiste non conoscano quel precipizio economico del marito; e non s'intende come in tale stato di cose abbiano il cuore o la imprudenza di affidargli i capitali della dote.

DIVISIONE III.

Crediti dotali, e stradotali; e data ipotecaria secondo le indicate legislazioni.

§. CCCXXIII. — *Data della ipoteca matrimoniale. Codice Siciliano e Sardo.*

§. CCCXXIV. — *Data ipotecaria delle donazioni matrimoniali;*

Digitized by Google

l' art. 2135. *del Codice francese riformato dall' art.* 2170. *del codice Sardo.*

§. CCCXXV. — *Osservazioni all' art.* 2171. *e del codice Sardo intorno ai diritti stradotali della moglie.*

§. CCCXXVI. — *Dote a matrimonio corrente; aumento; codice Siciliano, Sardo, Estense, Parmense, e Toscano.*

§. CCCXXIII.

Data della ipoteca matrimoniale. Codice Siciliano e Sardo.

1. Esaminando la giurisprudenza del codice francese, furono in massima parte prevenute le quistioni che possono elevarsi nelle legislazioni di Napoli, Sardegna, Toscana, Parma e Modena sulla natura e forma dei diritti matrimoniali suscettibili d' ipoteca legale; e preparate quelle che riguardano la data di essa ipoteca. Non abbiamo che a farne ricordo per coordinarle fra loro.

Secondo il codice francese —

1.° La data della ipoteca-tacita legale è quella stessa del giorno in cui si celebra il matrimonio, e non quella del contratto (*a*).

2.° I beni parafernali sono compresi nella disposizione dell' art. 2121. (*b*).

3.° La ipoteca legale per l' amministrazione dei parafernali sussiste senza bisogno d' iscrizione (*c*).

4.° La moglie acquista la data della sua ipoteca dal giorno del matrimonio, eziandio se la dote fu semplicemente promessa e non pagata (*d*).

2. Il codice Siciliano si regge cogli stessi principî contenendo le stesse disposizioni.

(*a*) §§. CCXXXII. CCXXXIII. CCXXXIV.
(*b*) §. CCXXXV.
(*c*) §§. CCXXXVI. CCXXXVII.
(*d*) §§. CCXL. CCXLI.

Digitized by Google

3. Il *Codice Sardo* è più preciso. Esso dice chiaramente in un articolo solo ciò che i francesi dissero un po' oscuramente nei due articoli 2121. 2135. L'art. 2170. del codice Sardo è il surrogato dell'art. 2121. del codice francese; omette le parole equivoche o troppo generali *di diritti e crediti*, e propone espressamente la ipoteca legale *per la dote, esecuzione delle convenzioni matrimoniali, e lucro dotale* del quale il codice francese non fece parola.

4. Una bella progressione d'idee riluce in questa legislazione. L'editto 10 Luglio 1822. art. 19. cancellò quella espressione per lo meno troppo generale (diritti e crediti) dell'art. 2121. del codice francese. L'art. 2170. del codice Albertino soppresse una frase adottata nel detto art. 20. dell'editto che forse gli parve sospetta di soverchia generalità — *ragioni dotali.* — E difatti la parola *dote* sembra comodamente comprendere *le ragioni dotali*, laddove l'avere aggiunto — *per l'esecuzione delle convenzioni matrimoniali* — include tutte quelle parti che i coniugi stabiliscono in causa e occasione di matrimonio, e che non si possono definire con pronunciati assoluti.

Vide ancora il legislatore Sardo che bisognava stabilir meglio la capacità ipotecaria delle ragioni stradotali che nel codice francese era affidata a filo troppo sottile: a quella locuzione — *diritti e crediti* — dell'art. 2121. Perciò l'art. 20. dell'editto — *e per li beni eziandio e capitali non dotali a lei spettanti stati alienati e ritirati dal marito.* Tuttavia il concetto non era abbastanza pieno, nè la espressione compiuta. Poteva intervenire che l'alienazione non si fosse fatta dal marito immediatamente (caso a dir vero assai difficile giacchè molti non avrebbero voluto comprare da lui dei beni che si vedevano spettare in proprietà alla moglie); ma che il marito avesse autorizzata la vendita fatta dalla moglie. E il prezzo dei capitali così alienati poteva essere stato disposto dal marito, o dalla moglie stessa. In ognuno di questi due casi il marito è responsabile, e deve sopportar la ipoteca legale che giustamente comincia *dal giorno della seguìta alienazione dei beni e dei capitali* (art. 2171.). O per arte o per ignavia, o per coprire le speculazioni proprie col nome della donna, ovvero per non curarne gl'interessi, il marito abbia sanzionata la

Digitized by Google

vendita colla sua presenza o consenso, la legge ha ragione di tenerlo in freno gravandolo della ipoteca, e quindi della garanzia della restituzione. La trascuranza del codice francese su questo punto, è singolare.

§. CCCXXIV.

Data ipotecaria delle donazioni matrimoniali; l'art. 2135. *del codice francese riformato dall'art.* 2170. *del Codice Sardo.*

Seguitando a dire del codice Sardo, ci scioglieremo da varie quistioni con brevi parole, per non rendere omai soverchia questa trattazione.

1. Se la ipoteca legale della moglie contenga eziandio *gl'interessi* nella iscrizione non manifestati, sarà studio d'altro luogo, onde ce ne passeremo e per questa e per altre legislazioni che veniamo confrontando (*a*).

2. L'art. 2170. contiene eziandio il concetto e le parole dell'art. 2135. del codice francese, ma con una modificazione importantissima, che mostra quanto l'attenzione di quei compilatori fosse accurata. Regolando con metodo uniforme il tempo in cui l'ipoteca delle *donazioni fatte alla moglie* acquisti efficacia, il francese parlò di donazioni fatte *durante il matrimonio*, onde giusta la bella osservazione dell'Avv. Pastore (*b*), lasciò deserte quelle più frequenti, e quasi sempre più sincere, che si fanno *nel contratto stesso del matrimonio, e in causa e contemplazione del matrimonio,* già prevedute dagli articoli 1082. e 1084. del codice francese, e ben ravvisate nei 1176. e 1178. del codice Sardo. Se pure a difesa del primo non voglia dirsi che tali donazioni fatte nel contratto di matrimonio o in contemplazione di esso, devono considerarsi come *convenzioni matrimoniali; o titoli e crediti dotali,*

(*a*) Lo stesso diciamo delle *spese del contratto* e degli altri accessorî della iscrizione che pure rimettiamo ad altro luogo.

(*b*) Nota 15. all'art. 2170. del Cod. Sardo.

Digitized by Google

pei quali è accordata la ipoteca dal giorno stesso del matrimonio. E perciò la redazione del codice francese adottò quel vocabolo restrittivo di tempo, a denotare che ivi si parla di donazioni posteriori al contratto di matrimonio. Risposta che non è cavillosa ma molto spontanea. Malgrado però tale risposta, l'avvertenza del ch. scrittore piemontese non è men giusta. Può farsi una donazione, contemporanea al matrimonio, quanto all'acquisto di un diritto sperabile, e verificabile in avvenire; supponiamovi interposta una condizione *sospensiva*. Supponiamo che il donante abbia voluto far dipendere l'effetto delle donazioni dall'aver figli o no. In tal caso non si dirà che *la donazione sia fatta durante il matrimonio* per comprenderla nell'art. 2135., nondimeno non potremo metterla in ischiera *colle convenzioni matrimoniali* o *coi crediti dotali* per attribuirle una ipoteca del giorno del matrimonio. Non sarebbe nè conforme a giustizia, nè conforme al voto stesso della legge francese, l'imporre al marito il carico enorme di una ipoteca *presente* per titoli futuri *eventuali, e pendenti da una condizione*. Il quale difetto si tocca con mano, e non può difendersi.

§. CCCXXV.

Osservazioni all' art. 2171. *e del Codice Sardo intorno ai diritti stradotali della moglie.*

1. Non è senza importanza l'osservazione del commentator Sardo (*a*) che *i frutti* dei fondi, *o interesse dei capitali* che il marito riscuote di consenso della moglie, secondo la struttura dell'art. 2171. non si contengono nella ipoteca. O la moglie è liberale al marito di quelle percezioni, non potrà chiedergliene conto; o il marito le raccoglie come procuratore di lei, ne darà ragione come suole ogni altro mandatario per disposizione generale di legge.

(*a*) Nota 2.ª all'art. 2171.

Digitized by Google

2. In ogni tempo si è trovata difficoltà sul fermar le prove delle riscossioni dei crediti stradotali maneggiate dal marito. Non darem passo alla prova testimoniale, sempre pericolosa, ma in questo caso troppo necessaria? Nessun dubbio (*a*). È chiaro che l'art. 2171. sotto nome *di beni e capitali non dotali . . . . alienati o esatti dal marito*, intende eziandio il denaro, e qualunque cosa mobile; onde non è a rifiutarsi la prova testimoniale, laddove è assai difficile avere la prova scritta.

3. Fu soggetto di discussione, se il marito, che, non *presente* alla vendita fatta dalla moglie, vi acconsentì con *atto separato*, sia colpìto dalla ipoteca. Una istruzione dell'autorità Savojarda al fiscale d'Annecy (*b*) giustamente avvertiva, che questa circostanza non poteva valutarsi in pregiudizio della moglie. Ma il biglietto Regio del 1 Ottobre 1842. ordinò la precisa osservanza dell'articolo. Esso vuole congiuntamente *la presenza e il consenso del marito*. Obbligati i notai *a conformarsi esattamente a tale disposizione*, non devono prendere *la iscrizione ipotecaria ordinata dall'art.* 2226 (*c*), *salvo quando col consenso del marito non concorra anche la sua presenza all'atto dell'alienazione ed esazione.*

4. Pare che la *presenza del marito* s'interpreti dalla legge come la prova di avere lui stesso riscosso il denaro. In questo caso è tenuto *dell'impiego* eziandio se veramente il denaro fosse rimasto nelle mani della moglie. Ma col fatto *dell'impiego* cessa in lui la responsabilità, ed egli può chiedere di essere liberato dalla ipoteca che si fosse a suo carico iscritta. E dovrà risarcire il danno, se per grave negligenza la cauzione tornò insufficiente.

5. In *Toscana*, come nel pontificio, la donna proprietaria e amministratrice de' suoi stradotali (legge 15 Novembre 1814.) non ha ipoteca legale. Più indipendente del marito quanto all'amministrazione di quelli, in Toscana non può far contratto senza l'intervento e autorizzazione del magistrato; e così cessa il pericolo

---

(*a*) Troplong N. 591. Chiesi N. 814. Pastore nota 3. all'art. 2171.

(*b*) Pastore nota 5. all'art. 2171.

(*c*) Ciò è: il far dichiarare dal marito . . . . *la situazione con generica designazione dei beni a lui spettanti.*

Digitized by Google

della malversazione maritale. Se il marito pur tuttavia amministra, *procuratorio nomine,* è tenuto semplicemente coll' azione personale di rendiconto.

§. CCCXXVI.

Dote a matrimonio corrente; aumento; Codice Siciliano, Sardo, Estense, Parmense, e Toscano.

1. Se la dote si aumenta in corso di matrimonio, la ipoteca legale segue il fatto, e da esso misura il suo tempo. Così il diritto romano (*a*). Il Codice francese dettò alla soldatesca « Durante il matrimonio, la dote non può essere costituita nè accresciuta. (art. 1543). Questa fiera disposizione non fu in tutto seguitata dalla docilità del codice Siciliano. Proibì la costituzione o l' aumento che i coniugi stessi facessero. (art. 1356). Impaurito del pericolo delle donazioni matrimoniali (pericolo esagerato anche dall' antichità) abbarrò la via, e non pose mente che una donna può andare a marito povera, e diventar ricca strada facendo; nè s' intende perchè non potesse di quella ricchezza far lieto il marito che l' amò d' amore, e gli piacque più che la fortuna. Permise il codice siciliano che *da altri fosse costituita o aumentata la dote;* e si scostò in questo dall' asprezza francese, giustamente decretando che, in dote quantitativa, l' ipoteca legale non cominciasse *che dal giorno della iscrizione* (art. 1336.).

Merita osservazione questo felice sviamento del codice siciliano dalla regola della ipoteca tacita. Pensò al facile inganno dei terzi. La ipoteca tacita, che in quel codice, d' imitazione francese, nasce ed opera dal giorno del matrimonio, eziandio non iscritta, si appoggia pure in un fatto solenne, che i terzi possono ognora verificare, nel fatto del matrimonio legittimo. All'incontro la costituzione o l' accrescimento della dote, durante il

---

(*a*) Voet in Pand. Lib. 20. Tit. 2. N. 20. Tit. 4. N. 24. — Questa disposizione dell' imp. Giustino L. 19. Cod. de donat. aut. nupt. fu modificata da Giustiniano nella nov. 97. C. 2.

Digitized by Google

matrimonio, può coprire un' insidia, nell' effetto se non nell' intenzione, onde savia cosa è provvedere a sì grave pericolo col pubblicare la ipoteca. Può anche avere importanza il riflettere, che la morale necessità di assicurare la ipoteca matrimoniale dalle funeste conseguenze della negligenza e dell' errore (che è la idea prevalente in quel sistema) è assai meno urgente nelle costituzioni dotali che si fanno a matrimonio corrente, perchè rare ed eccezionali, e si può dire *extra ordinem;* laddove è nel costume generale, e nella consueta previdenza dei coniugi, che la dote sia contemporanea al matrimonio.

2. Gli altri Codici che non ammettono la ipoteca legale se non iscritta, sono coerenti al loro sistema quando nell' analoga disposizione (*a*), fanno partire la ipoteca dalla costituzione, *matrimonio constante*, o dall' accrescimento, dal giorno in cui la formalità è adempita.

3. Il Parmense art. 1331. stabilisce, alla francese, che la dote dev' essere costituita *per atto notarile prima del matrimonio*, e non parla di *costituzione o di aumento posteriore fatto da terzi* (*b*).

4. Il Codice Toscano accorda la ipoteca generale *per la dote costituita e per le convenzioni matrimoniali stipulate avanti la dazione dell' anello* . . . . . e non esclude *la costituzione, durante il matrimonio; o l' accrescimento;* avvenga per parte di coloro ch' erano obbligati alla dotazione, o per liberalità di terzi (*c*). Diverso in ciò dal codice francese che, derogando ogni altra legge, ogni ulteriore costituzione proibiva espressamente. Il codice Toscano estende molto le radici nel diritto comune che nel bel paese fu sempre in grande onore, e produsse quella bella giurisprudenza fiorentina che risplende principalmente nelle decisioni. Stimo pertanto col commentatore, che dove il motu-proprio si tacque, subentrasse la legge romana; se non che a conciliare

---

(*a*) Sardo art. 1521. — Estense art. 1415.

(*b*) 2174. « La moglie non ha ipoteca per la dote e pei lucri nuziali, se non quando la dote sia stata costituita per atto notarile *prima del matrimonio*.

(*c*) Sabatini §. 1117.

Digitized by Google

l'antico col nuovo si dovrà dire che anche la costituzione, *matrimonio constante*, o l'aumento, non avrà ipoteca efficace se non con iscrizione, e dal giorno della iscrizione.

DIVISIONE IV.

Dei beni sui quali si estende la ipoteca matrimoniale secondo le indicate legislazioni.

§. CCCXXVII. — *La ipoteca matrimoniale si restringe a carico dei beni del marito secondo il Codice Siciliano e Parmense.*

§. CCCXXVIII. — *Si estende ai beni degli ascendenti del marito secondo i Codici di Sardegna, Modena e Toscana.*

§. CCCXXIX. — *Della ipoteca legale della nuora. Quistioni transitorie.*

§. CCCXXVII.

La ipoteca matrimoniale si restringe a carico dei beni del marito secondo il Codice Siciliano e Parmense.

Osservo che i tre primi codici ipotecarî che l'Italia vide succedere al Codice Napoleone non avvisarono alla utilità di estendere ad altri beni, oltre quelli del marito, la ipoteca matrimoniale. Parlo della legge pontificia (1816.) di Napoli (1819.) e Parma (1820).

§. CCCXXVIII.

Si estende ai beni degli ascendenti del marito secondo i Codici di Sardegna, Modena, e Toscana.

1. L'editto di re Carlo Felice 10 Luglio 1822 fu l'autore di sì utile riforma, mentre gli altri sistemi ipotecarî, sino a quel tempo promulgati fra noi, si tennero alla idea francese, di vista troppo angusta, e di conseguenze talvolta funeste. L'ipoteca legale,

Digitized by Google

per quella generalità che l'accompagna, per quella specie d'insazietà di tutto abbracciare, spesso stringe il nulla, e di leggieri s'illude. Quando si è presa una ipoteca generale sui beni del marito, pare già raggiunto lo scopo: eppure il marito può essere, com'è d'ordinario, un figlio di famiglia e senza beni. La dote suole allora percepirsi dallo suocero. Gli antichi, che tutto videro, lumeggiarono anche questa parte del diritto con tratti maestri, sentenziando: che se il marito è figlio di famiglia, e la dote sia pagata allo suocero, contro costui compete la *de dote actio*. Che se la dote è pagata al marito, *jussu patris* (*a*), tant'è come se a lui stesso fosse stata pagata. E se pure non apparisse traccia del suo consentimento o volere, l'azione fu ugualmente rivolta al suocero, quasi la dote fosse a lui pervenuta, *penes quem est peculium*. Risultando poi che la dote fu data allo suocero, il marito non era tenuto se non com'erede di lui (*b*). Era un corollario della identità civile di padre e figlio quella obbligazione del primo. Ma era insieme un bel concetto di prudenza e un ricordo di esperienza frequente. Quasi avvertimento al padre dello sposo, lo teneva svegliato sul fatto del figlio acciocchè non isperdesse il capitale dotale di cui, a ogni modo egli (il padre) era sempre responsabile. Così l'interesse suo proprio, di ritirare i capitali a sè ed impiegarli, cospirava con quello della nuora; la legge aveva unite queste forze, e assicurato lo scopo, con un pensiero semplice e naturale, dirigendo l'effetto anzichè imponendo il fatto: magistero inimitabile! Tolse di mezzo le fraudi: chè in realtà le somme dotali versate in mano ai figli di famiglia ricadono quasi sempre, in tutto o in parte, ai padri loro; la quale influenza inevitabile, nel sistema romano fu motivo di estendere al padre una obbligazione giustificata e dai rapporti di diritto e dalle lezioni della esperienza. Al francese non parlò questa

---

(*a*) Frase che in questo luogo è intraducibile. Non è propriamente il *comando* che impone di ricevere la dote, neppure il *volere*, quantunque di meno energico significato; si direbbe piuttosto *adesione e consenso autorevole*.

(*b*) L. si cum dotem 22. D. solut. matrim. §. trasgrediamur. Conf. L. 25. in pr. et L. 53. D. eod.

Digitized by Google

dottrina; ma il legislator Sardo la risuscitò, benchè imperfettamente.

2. Senza discorrere della prima parte dell' art. 1565. (giacchè se il padre e gli altri ascendenti del marito si sono obbligati alla restituzione della dote è chiaro che vi sono tenuti), osserviamo nella seconda che *se hanno ritirata la dote, o consentito espressamente che venisse pagata al loro discendente, vi sono pure tenuti.*

E questo spiega ciò che poi venne. significando l' art. 2170. » la moglie ha una ipoteca legale sui beni del marito, e su quelli dei di lui ascendenti *espressamente o tacitamente obbligati* per la dote, per l' esecuzione delle convenzioni matrimoniali e pei lucri dotali ». *Tacitamente* obbligati sono quelli che riscossero la dote: perchè obbligati dal fatto.

3. Il Codice Estense ha le stesse disposizioni negli art. 1459. 2162.

4. In Toscana una provvida legge emanata nel 23 Febbraio 1789. estese la ipoteca tacita e privilegiata sopra i beni di coloro ch' erano obbligati alla restituzione, per conseguenza anche ai beni del suocero. In diritto nessuna quistione: tutto era nel fatto. Se e come fosse il suocero obbligato alla restituzione, la norma era scritta nel diritto romano, che suppliva al silenzio di quelle leggi parziali. L' annotatore ci assicura che per le donne maritate prima del codice civile, questa giurisprudenza era incontroversa (*a*). Sulla necessità soltanto d' iscrivere tali ipoteche a carico del suocero si disputò. Vinse, con ragione, l' opinione affermativa (*b*), poichè non si vede come il codice francese collocasse fra le esenti una ipoteca che mai non riconobbe fra le legali; e in tanto la rispettò in quanto preceduta avesse la sua promulgazione, e fosse già stata legittimamente acquistata.

5. Il §. 64. del Codice Toscano accorda la ipoteca legale-generale alla moglie sui beni del marito, o dei di lui ascendenti obbligati alla restituzione della dote; e non dichiarando in verun

---

(*a*) Sabatini N. 1040.

(*b*) Tesoro del foro toscano T. 10. Decis. 67. e 88. Tom. 13. Decis. 76. Sabatini N. 1041.

Digitized by Google

altro luogo di quella legislazione come s' intenda e si misuri quell' obbligo degli *ascendenti*, dovrà cercarsi la norma nel diritto romano.

Un rapporto, certamente strettissimo, bisogna riconoscere fra il concetto giuridico della obbligazione degli ascendenti in materia dotale, e quello della patria podestà. Il §. *transgrediamur* (*a*) parla espressamente del *filius familias*. La legge francese che liberò da tale obbligazione gli ascendenti, liberò il figlio o nipote col matrimonio, lo emancipò benchè minore (*b*). Questa specie di colpo di sciabola, quasi il legislatore si ricordasse allora di esser nato dalla rivoluzione, feriva delle relazioni sacre, o le abbatteva troppo presto. Non fu imitato dalla gravità del senno italiano (*c*). Per noi il matrimonio è il nodo di nuove relazioni e di nuovi doveri; ma non isbriglia il figliuolo, e non lo rende padrone di sè. Forse lo scioglimento dello suocero da ogni obbligazione ipotecaria, eziandiochè avesse ricevuti egli stesso i capitali dotali della nuora, ebbe un motivo in quel diritto di emancipazione che nasceva *ipso jure* dal matrimonio. Checchessia, non havvi però un collegamento necessario fra quelle regole legislative. Poichè le nostre leggi (di Sardegna, Modena e Toscana) hanno fatto dell' obbligo degli ascendenti una disposizione generale, senza riguardare se il figlio fosse o no emancipato (come poteva esserlo) all' atto del matrimonio.

(*a*) Nota al §. preced.

(*b*) Art. 476.

(*c*) La legge 15 Novembre 1814. « Si considera tacitamente emancipato il figlio di famiglia che dopo contratto matrimonio esca col consenso del padre della casa paterna e viva abitualmente fuori della medesima ». La emancipazione di diritto non si acquista dal figlio maschio che agli anni trenta.

Digitized by Google

§. CCCXXIX.

Della ipoteca legale della nuora. Quistioni transitorie.

1. In quegli Stati italiani nei quali il sistema ipotecario francese fu conservato sino alla pubblicazione delle nuove leggi, le quistioni transitorie si fanno maggiormente sentire, e possono avere un certo interesse. Ne abbiamo già esaminate alcune (*a*).

Relativamente al diritto ipotecario della nuora *sui beni del padre o dell' avo del marito*, abbiamo osservato che il diritto romano accordava la ipoteca in casi determinati (§. CCCXXVIII. N. 2.); e che tale ipoteca era negata affatto nel sistema francese (ib. in fin.) (*b*).

Supponendo un matrimonio *anteriore* al codice civile, la donna o gli eredi di lei che per diritto romano l'avessero acquistata sui beni dell' ascendente, potevano iscriverla, nell' epoche determinate dalle nuove leggi ipotecarie.

2. Ma se il matrimonio fu celebrato vigente il codice francese, poichè nessuna ipoteca legale si acquistò nè si poteva acquistare dalla donna o suoi eredi, sembra non potesse neppure iscriversi sotto le leggi della ristaurazione che pure l' avessero accordata a carico dei beni dell' ascendente del marito.

Il Pastore, giurista eccellente, che gl'italiani conoscono assai meno del Grenier e del Troplong perchè è un autore italiano, giustamente risolve, che indarno un ascendente del marito sarebbe intervenuto all' atto della costituzione dotale, obbligandosi alla restituzione della dote; indarno avrebbe consentito sopra i suoi beni una ipoteca *generale*, resistendo la legge del Codice alla efficacia di tale obbligazione (*c*). L' editto 16 Luglio 1822 rinfrescò quell' antica legge, illustrata dal Senato Piemontese, e tolta dal diritto romano rapporto alla obbligazione ipotecaria dell'ascendente.

(*a*) V. Divisione II. di questo Capo.

(*b*) L' art. 1235. non parla che della ipoteca sui beni del marito.

(*c*) Nota 8.ª all' art. 2170.

Digitized by Google

Quistione, se la ipoteca generale già presa in virtù di quella convenzione, e quindi nullamente presa, si convalidasse colla pubblicazione dell'editto del 1822. Dopo un ondeggiare di opinioni (consueto nelle quistioni di massima che si sollevano da leggi ancor fresche) la giurisprudenza piemontese si sarebbe fissata nel suo vero punto; nell'escludere la convalidazione di una ipoteca nulla; nell'escludere cioè l'effetto retroattivo della nuova legge (*a*).

(*a*) Pastore ibi.

Digitized by Google

CAPO X.

IPOTECHE PER CAUSA DI DOTE O LEGITTIMA A FAVORE DELLE FEMMINE INUTTE SUI BENI DELLA SUCCESSIONE. LEGGI TOSCANE E SARDE.

§. CCCXXX. — *In Toscana le femmine sono escluse dalla successione paterna e materna, in concorso dei maschi nei modi e casi determinati dalla legge.*

§. CCCXXXI. — *La legittima si ritiene jure dominii dalla femmina esclusa pel combinato disposto delle leggi* 14 *Agosto e* 15 *Novembre* 1814.

§. CCCXXXII. — *Il Motu-proprio del* 1836. *in luogo di ogni altro diritto assicurativo concede alle femmine escluse il beneficio della separazione.*

§. CCCXXXIII. — *Secondo il Codice Sardo le femmine escluse hanno la proprietà dei beni componenti la legittima.*

§. CCCXXX.

In Toscana le femmine sono escluse dalla successione paterna e materna in concorso dei maschi nei modi e casi determinati dalla legge.

1. Quei codici che aprono alle femmine il campo della successione, in concorso dei fratelli, non danno fomento a quelle controversie di sicurezza che agitano l'escluse, le quali, ripudiate quasi dalla naturale società di famiglia, veggono talvolta il loro diritto venir meno innanzi alla esigenza di formalità terribili.

Il legislatore toscano come il pontificio si ricordò le tradizioni avìte. Non piacque il desco troppo pingue imbandito alle donne dalla legge francese, alla quale, in uguali o minori proporzioni, quelle di Napoli Parma e Modena si conformarono. Anche

Digitized by Google

la legge di Sardegna si mostrò severa al sesso che in casa non frutta, e, fuori, mantiene il mondo colle sue produzioni ma all'ombra di un altro nome.

Nella Toscana e nel pontificio le donne guadagnano in protezione tutelare quanto perdono nei vantaggi economici delle successioni. L'affetto che loro mostra la legge nel sopravegliare ogni loro atto civile, nel guidarle passo passo nelle loro contrattazioni, è sempre in ragion diretta della imbecillità loro: *imbecillitas sexus*, presso noi è una frase di costume, un topo; sarebbe una insolenza se non fosse una regola. Diseredate e protette, ecco il loro destino; ecco la tettoja di cui le ricopre la società togata. E si starebbero benissimo riparate dal sole e dalla pioggia, se fossero così esattamente difese come sono esattamente spogliate.

2. La legge toscana non fa grazia alle femmine neppure della successione materna. Stimo preferibile la idea pontificia in quanto non esclude giammai le femmine dalla successione delle femmine; sia perchè toglie allo scopo politico della prevalenza agnatizia di cadere nell'esagerato e nel soverchio, sia perchè rispetta di più il naturale istinto che non può supporsi avaro di affetto verso il proprio sesso; sia perchè è logicamente più omogeneo derivare la radice dell'agnazione dal tipo maschile che dal femmineo naturalmente diffusivo. Ma ivi è meglio ordinata la ragion delle doti. Colla dote *congrua* si provvede a conveniente matrimonio; ma non è tolta la speranza della successione in quantità maggiore. « *Nel giorno della morte del dotante imputano questa dote nella legittima ad esse dovuta dalla sua eredità, e conseguono, quando vi sia luogo, il rimanente sino alla legittima, che forma un loro patrimonio stradotale* ». Così l'art. 36. Il padre può adunque costituire la dote alla figlia, può anche eccedere la misura presumibile della legittima, purchè non leda la porzione degli altri legittimari, ma non ha l'arbitrio troppo largo e talvolta funesto, che gli è permesso dalla legge pontificia.

Se si collocano *in matrimonio dopo la morte di amendue i loro genitori, conseguono la loro legittima dalla eredità sì paterna che materna, la quale in ciò che rimane dopo costituita la dote congrua forma come sopra un patrimonio loro stradotale.* Art. 40.

Digitized by Google

Così i fratelli procedono nel dotare le sorelle con norme sicure. Dipenderà dalla donna dotante se stessa, dal magistrato in concorso dei fratelli, il misurare la dote col consenso del marito, ma la legittima resterà sempre patrimonio inviolato di lei, o dotale o stradotale. Lodevole ancora il divisamento dell' art. 41. La legittima potrebbe *non bastare a convenevole collocamento.* I fratelli dovranno aumentarne il còmpito, purchè non *ecceda la virile:* il buon arbitrio del giudice mitigherà l' applicazione di questa legge, ottima nella intenzione, ma che vuol essere moderata negli effetti.

§. CCCXXXI.

La legittima si ritiene jure dominii dalla femmina esclusa pel combinato disposto delle leggi 14 *Agosto e* 15 *Novembre* 1814.

1. Pare che l' art. 43. conduca all' affermativa. « Le femmine come sopra escluse acquistano *il dominio della loro legittima* nel rispettivo giorno della morte del loro padre madre ecc. — ma il seguito dell' articolo accenna alla *conservazione* del diritto di legittima sotto la tutela della legge: da cui subito si argomenta che non trattasi di *dominio* proprio e vero il quale non ha mestieri di forme conservatorie.

2. Bisogna avvertire che « alle femmine escluse dalla successione *dei collaterali, che non hanno verso le medesime il debito naturale della legittima, compete il diritto alla dote congrua, secondo la loro condizione, e secondo le forze della eredità* (*a*). Codesti diritti sono assicurati con ipoteca legale. Art. 46. Il che è molto notevole. Tale diritto d' ipoteca, che presuppone una semplice azione di credito e non un diritto di dominio, si vede applicato soltanto *sui beni del collaterale escludente.*

3. La legittima è definita *quota di beni e non di eredità;* e così è spenta la quistione che fra noi è perpetuamente accesa (*b*).

(*a*) Questa umana disposizione è levata dal diritto romano.

(*b*) Merlin de legit.

Digitized by Google

Sono dovuti i frutti *della legittima dal giorno della morte del testatore secondo la natura dei beni e dei capitali che costituiscono l'asse ereditario* (art. 21.); *se i beni assegnati dal padre o altro ascendente a titolo di legittima sono evitti*, la evizione si presta dall' assegnante (art. 32.): tutto prova che la legittima giusta questa legge è un vero diritto di dominio.

§. CCCXXXII.

Il Motu-proprio del 1836. *in luogo di ogni altro diritto assicurativo concede alle femmine escluse il beneficio della separazione.*

1. Ma sembra di assai grave momento il ricercare se il motu-proprio ipotecario del 1836. abbia portato innovazione a quella legge, trasformando almeno i mezzi di sicurezza che alle donne escluse derivano immediatamente dal loro diritto di dominio.

Il motu-proprio del 1836. non annovera fra le ipoteche legali, come il pontificio, quella delle femmine escluse sui beni della successione. Invece loro accorda *il beneficio della separazione dei patrimoni.*

Che in Toscana non competa alla femmina esclusa il diritto della ipoteca legale, par chiaro, e dal non trovarsi *in jure cautum*, e dal generale disposto dell' art. 61. che non dà luogo a legale ipoteca che nella *espressa lettera* del motu-proprio non sia determinata.

2. Ma il *jus dominii* sulla porzione legittima sarebbe scomparso in faccia *al privilegio della separazione?*

La opportunità di un sistema ipotecario era sentita negli animi, e quasi connaturata coi costumi dei popoli quando lo scettro italiano cadde di mano al dominatore straniero, e tornò a suoi legittimi signori. Il sistema fu conservato; specie di necessità che il vincitore subì dalla legislazione del vinto. Ma la sua accettazione non fu definitiva nel pensiero di veruno de' nostri Principi; che riserbarono a miglior tempo, a più tranquille condizioni di cose, di tornarci sopra, di rivederlo, di riformarlo e coordinarlo alle proprie istituzioni. Il ritorno intanto verso le

Digitized by Google

istituzioni antiche in ogni altra parte della legislazione, era un voto ardente delle ristaurazioni, e il fermo suggello del ricuperato potere. Quindi doveva nascere talvolta che il rapido ricomparire di leggi antiche, eziandio presentate e colorate di forme novelle, non fosse al tutto in armonia con quelle che, senza molto esame, si era costretti a conservare; e che tale armonia fosse opera di tempi più maturi, e di meditazioni più vaste e generali su tutte le parti della legislazione. Quando, molti anni dopo, il signore di Toscana pensò ad un codice ipotecario nazionale, vidè che il *jus dominii* delle femmine non poteva più convenire con quella regola fondamentale di pubblicità ipotecaria che avea meditata. Anche una volta il diritto individuale doveva cedere all'interesse di tutti. La legge del Credito non sopportava il dominio occulto, e difficile a comprendersi, delle femmine legittimarie; esse passarono, come ogni altro creditore, sotto il regolo comune e subirono la formalità della iscrizione: privata ingiustizia e pericolo enorme, già da noi avvertito in altro luogo, ma giustificato da un interesse più grande, e quasi olocausto alla salute pubblica. Allora l'art. 43. dell'editto 18 Agosto si trovò incompatibile cogli ordini ipotecarî. O, se non incompatibile, si trovò almeno necessario d'instaurare un modo di conservazione a cui per l'addietro non si era pensato.

§. CCCXXXIII.

Secondo il Codice Sardo le femmine escluse hanno la proprietà dei beni componenti la legittima.

1. La legge di Sardegna che sembra accordare alle donne la successione con quelle parole *al padre, alla madre, e a qualunque altro ascendente succedono i figli o figlie legittimi, e i loro discendenti*, quantunque nati da matrimonî diversi (931), si modifica nell'art. 943; *trattandosi di successione al padre o altro discendente paterno maschile la porzione di successione che spetterebbe alla femmina o suoi discendenti, eredi o non della medesima, sarà devoluta a titolo di subingresso, e secondo le regole di successione a suoi fratelli germani e loro discendenti maschi di maschi.*

Digitized by Google

Quelli ai quali sarà devoluta la porzione di successione cui era chiamata la femmina o suoi discendenti, *saranno tenuti a corrispondere alla medesima o suoi discendenti una porzione equivalente alla legittima.* (art. 946.). Intorno al diritto di proprietà il testo è chiarissimo. « Sino a che non sia seguìto, come sopra il pagamento, la femmina o suoi discendenti saranno considerati *comproprietarî dei beni ereditarî* ». Legislatori, dipende quasi sempre da voi il pronunciare la parola che ne fa tacere altre mille, e al miserabile *convicium forense* toglie la lena!

2. Come armonizza col sistema ipotecario? Le femmine escluse non sono, come nella legislazione pontificia, distinte da veruna ipoteca legale; sono *comproprietarie* sino al pagamento (art. sudd.). Non hanno rimedio alcuno di privilegio, come in Toscana. È manifesta in tutto questo la coerenza e la bontà del Codice Sardo.

Digitized by Google

CAPO XI.

IPOTECA LEGALE DELLA MOGLIE. SISTEMA AUSTRIACO.

§. CCCXXXIV. — *La ipoteca tacita delle mogli è mantenuta sino alla pubblicazione della Sovrana Patente* 19 *Giugno* 1826.

§. CCCXXXV. — *Della Sovrana Patente* 19 *Giugno* 1826. *Trasformazione delle ipoteche generali in speciali.*

§. CCCXXXVI. — *A quali persone è data la cura di codeste operazioni nell' interesse delle mogli e degl' interdetti.*

§. CCCXXXVII. — *Le ipoteche legali-generali che per qualunque motivo non poterono specializzarsi nel secondo periodo della Sovrana Patente, divennero incapaci di produrre qualunque altro effetto per l' avvenire.*

§. CCCXXXVIII. — *I beni passati in dominio di terzi, prima della promulgazione del Codice, poterono essere colpiti dalla ipoteca specializzata?*

§. CCCXXXIX. — *Rapido confronto del sistema della dote con altri codici d' Italia.*

§. CCCXL. — *Continua l'argomento. Comunione di beni fra i coniugi.*

§. CCCXXXIV.

La ipoteca tacita delle mogli è mantenuta sino alla pubblicazione della Sovrana Patente 19 *Giugno* 1826.

1. In Milano, le *Consuetudini*, offrirono nel 1326. una prima idea, un lievito di pubblicità. Nella città e contado di Milano *il beneficio delle Grida* fu istituito con ducale decreto 1 Novembre 1368. Si sparse a Pavìa, indi a Cremona; gli statuti vi diedero miglior norma organizzandolo — *Stat. de bonis ad cridas ponendis.* Le così dette *costituzioni nuove* furono pubblicate in Mantova coll' editto 29 Marzo 1745. Abbiamo già dato un cenno alquanto

Digitized by Google

esteso, degli statuti ipotecarî nel dominio veneto (*a*); sistema che a Bergamo si diffuse nel 1639; a Brescia nel 1673. Indi divenne legge generale in tutte le provincie di terraferma, mediante la *determinazione* 8 *Gennaio* 1713. A Crema *il libro delle notificazioni* non fu conosciuto che nel 1721.

Laonde in quell'êra remota, primeggiando di ricchezze, di commerci, di armi, di rinnovati studî, Italia nostra, concepì un pensiero legislativo che non potè più essere originale pei francesi sei o sette secoli appresso.

2. L'editto 25 Ottobre 1808. regolò anche in quei paesi la ipoteca di titolo anteriore (*b*) dopo la promulgazione del codice Napoleone (*c*). Il Sovrano Austriaco ordinò che per il Gennaio 1816. dovesse aver forza di legge nelle provincie del Regno lombardo-veneto il codice che nelle provincie tedesche era in vigore dal 1 Gennaio 1812. Il codice non si era occupato della forma estrinseca della ipoteca, pago di aver fondati alcuni principî nel titolo *Dell' assicurazione dei diritti ed obblighi.* Nel §. 1368 definisce il contratto di pegno. Esso comprende la realtà mobile e l'immobile. L'assicurazione immobiliare si ottiene col vincolare *l'immobile per mezzo dei registri ipotecarî.* Vi ha detto come si forma il pegno dell'immobile; subito dopo vi dice come si scioglie quando l'obbligazione è soddisfatta. §. 1369. Nel caso contrario, alla forzosa espropriazione, provveggono le leggi di procedura. Queste poche disposizioni generali lasciavano da parte quel complicato organismo che si chiama sistema ipotecario. Ma il Codice lo suppose con quelle parole che caratterizzano il pegno dell'immobile.

E l'avevano già supposto i §§. 321. 441. 446. 481. 1468. e 1470. che prenunziavano l'applicazione della *intavolazione* alla forma germanica; opera difficile e lunga. In quest'aspettazione che ancor dura, gli attuali *uffici delle ipoteche furono conservati.* Decr. dell'I. R. Governo di Milano 16 Marzo 1816.

(*a*) §. XLV.

(*b*) V. §§. CCLII. CCLIII.

(*c*) Avvenute nel Lombardo il 1 aprile — nel Veneto il 1 Maggio 1806. Decreto 16 Gennaio 29 e 30 Marzo 1806. e 13 Aprile. Bollett. ital.

Digitized by Google

3. Le ipoteche legali delle mogli continuarono dunque ad esistere come innanzi, cioè senza iscrizione; e quando fu d'uopo d'iscriverle, secondo le norme del codice francese, i soliti Uffici vi si prestarono senza variazione alcuna.

E questo diciamo eziando per le vedove, e pei minori divenuti maggiori, loro eredi, o aventi causa, in virtù dell'articolo 4.° del decreto 12 Decembre 1812.

§. CCCXXXV.

Della Sovrana Patente 19 *Giugno* 1826. *Trasformazione delle ipoteche generali in speciali.*

L'articolo 1.° di quella legge pose quell'ordinamento che piacque a tutti i codici italiani; le ipoteche tacite legali doveano finalmente essere iscritte. L'iscrizione doveva farsi entro Decembre 1827. all'effetto di conservare la data secondo l'ordine statuito dalle leggi anteriori. Ma il legislatore austriaco fece di più. Tagliò con un colpo della sua mano potentissima, e fece cadere in subita ruina, tutte le ipoteche generali. Questo incubo enorme delle proprietà; questo labirinto cieco dal quale non si esce; questo sgomento e ostacolo perpetuo alla sistemazione del credito, disparve in un tratto; splendido esempio che meritava di essere imitato.

Dispose pertanto quella legge nel Capo III. intitolato — *trasformazione delle ipoteche generali in ipoteche speciali* — « tutti i privilegi e tutte le ipoteche che alla scadenza del termine stabilito all'art. 3.° si troveranno ancora iscritte, ovvero rinnovate in forma di privilegi e ipoteche generali d'ogni origine ed epoca e d'ogni specie, comprese anche quelle che trattano i due capi precedenti (e quindi anche le ipoteche tacite legali) dovranno essere *ad istanza delle parti nuovamente iscritte in forma d'ipoteca speciale*, presso gli uffizî nel circondario del quale sono situati i diversi beni ipotecati, osservando in quanto alle note d'iscrizione, ciò che è prescritto negli articoli 7. e 12. della presente legge, e indicando in esse la data della precedente iscrizione ed eventuale rinnovazione fatta in forma d'ipoteca generale, e l'uffizio presso cui furono fatte ».

Digitized by Google

La nuova iscrizione in forma speciale doveva esser fatta entro il Decembre 1828.

Le ipoteche generali non iscritte in quel termine cesserebbero d'aver effetto. Le iscritte posteriormente sarebbero riguardate « semplicemente come prima iscrizione avente effetto dal giorno in cui sarà seguìta, e soltanto a carico dei beni a tal epoca dal debitore posseduti ».

§. CCCXXXVI.

A quali persone è data la cura di codeste operazioni nell' interesse delle mogli e degl' interdetti.

La *obbligazione* è imposta ai mariti, tutori e curatori; ai padri, legali amministratori dei beni dei loro figli; la *facoltà* è estesa agli eredi della moglie e aventi causa; agl' individui che « quantunque abbiano cessato di essere minori e interdetti conservano ancora a tenore delle precedenti leggi il diritto d'ipoteca dipendentemente dalla tutela o cura cui sono stati soggetti, come pure agli eredi e aventi causa dai medesimi ». Alle mogli stesse, ai minori ed interdetti; ai parenti; e, in mancanza di parenti, a qualunque altra persona (*a*).

Non fu, come in altre legislazioni, abbandonata quest' opera alla diligenza dei mariti, dei tutori ecc. sotto lo sgomento di una pena, o pecuniaria o afflittiva; ma si fece di meglio. Tenuti sempre responsabili dei danni per qualunque loro negligenza, ne fu dato l'effettivo incarico al giudice pupillare, al quale le persone obbligate ad iscrivere dovevano comunicare il duplicato della nota presentata all' ufficio delle ipoteche (art. 6.). Ma passato *il Giugno* 1827. (con tanta celerità si procedeva), e soddisfatto non avendo i mariti, tutori ecc. a tale ingiunzione, il giudice, recandosi in mano il governo della operazione, e poteva costringere gli obbligati e all' estremo termine faceva egli stesso praticare la iscrizione, e cessava tutte le esitanze.

(*a*) Vedi anche il decreto 7 Aprile 1827.

Digitized by Google

Il termine fu prorogato a tutto Giugno 1828 (*a*).

I Conservatori furono diretti da norme esattissime, e nulla fu trascurato per impedire gl' inconvenienti in tanto numero di operazioni che si affollavano negli uffici in sì breve spazio di tempo.

Un delegato giudiziale doveva visitarli ogni quindici giorni (*b*).

§. CCCXXXVII.

Le ipoteche legali-generali che per qualunque motivo non poterono specializzarsi nel secondo periodo della Sovrana Patente, divennero incapaci a produrre qualunque altro effetto per l' avvenire.

1. Una difficoltà poteva incontrare la trasformazione della ipoteca generale in speciale: una difficoltà gravissima: quella che non esistessero in realtà beni ipotecati.

Che doveva farsi in tal caso? I mariti, i tutori, i giudici pupillari non avrebbero saputo come specializzare una ipoteca che non era fondata su beni presenti e conosciuti.

In realtà le mogli, i pupilli ecc. nulla perdevano, poichè la loro ipoteca si riduceva ad una formalità senza sostanza; ma bisogna ricordare che quella ipoteca colpiva i beni futuri, dal momento che venissero in patrimonio del debitore, e loro imprimeva la data dal giorno del matrimonio, se parliamo delle ipoteche riguardanti le doti, e le convenzioni matrimoniali stipulate sotto il reggime precedente.

(*a*) Notificazione 20. e 25 Decembre 1827. del governo di Milano e Venezia. Circolare 20 Maggio 1828 dell' appello di Venezia; Circolare 21 detto mese dell' appello di Lombardia. Indi al 31 Decembre 1829. Decreto 29 Novembre 1828.

(*b*) Art. 14 delle istruzioni diramate con circolare dell' appello di Venezia 9 Maggio 1827. Ved. altra circolare dello stesso I. R. Tribunale 4 Settembre detto sulla regolarità della iscrizione, e in quanto sia chiesta dal tutore o dal giudice in sua vece: chiarisce la Circolare dell' appello di Venezia 13 Novembre 1827.

Digitized by Google

Si potrà difendere la Patente dalla censura di retroattività? Il legislatore l'aveva calcolata questa retroattività salutare: la peste delle ipoteche generali doveva finire in que' vasti dominî.

2. Ma la donna maritata che iscrisse una ipoteca generale nel primo periodo, o che nel secondo non potè *specializzarla* perchè in effetto mancavano i beni, la *res pignori obnoxia*, conservò almeno il diritto d'iscrivere ipoteca sui beni che il marito venisse acquistando nel tempo avvenire?

Rispondo negativamente. La legge avrebbe dovuto dirlo; e questa ragione basterebbe per tutte. Nella legislazione austriaca, severa non meno che precisa, difficilmente s'introduce per interpretazione ciò che nella lettera non si contiene.

Havvi un'altra ragione tratta dalla natura intrinseca delle cose. Le ipoteche legali, e in massima tutte le generali, dopo la Patente del 1816. cessarono di esistere. Esse non furono più capaci di produrre effetto alcuno dopo quello che esaurì tutta la loro forza, cioè la specializzazione. Mi valgo di un paragone assai calzante. Come avviene talvolta in natura che certi insetti nel dar la vita a nuove forme di loro esistenza, periscono in effetto perciocchè trasformati non son più quelli, così le ipoteche generali, nel dar vita a una ipoteca speciale che uscì dal loro seno per una virtù loro impressa dalla onnipotenza della legge, in quell'atto stesso perirono. Inutilmente adunque si domanda, se le ipoteche legali delle mogli, che non poterono specializzarsi per difetto di sostanza ipotecabile, potessero in appresso dare diritto ad iscrizioni sui beni venuti in dominio dei mariti dopo quel tempo. Egualmente deve dirsi che la ipoteca legale non potè produrre effetto più d'una volta, e nel termine stabilito. Ne segue che, quantunque la ipoteca legale si estendesse ai beni futuri del marito, o dei tutori, i pupilli e le donne non poterono più colpirli. E in ciò la legge austriaca fu veramente retroattiva. Il bisogno d'uniformità lo esigeva. La cosa è grave ma non quanto può credersi, poichè quando dei maritaggi fu pronuba la prudenza, non si fece mai troppo calcolo sulla speranza, ma si basò alla realtà presente. Non vi ha cosa che tanto imbarazzi il libero corso delle istituzioni nuove quanto le pretensioni del gius quesito: protesta perpetua a favore del passato, e impedimento ai futuri progressi.

Digitized by Google

3. Noi dunque teniamo che, secondo il diritto austriaco, la *ipoteca generale* (legale o no) che non potè *concretarsi in forma speciale per mancanza di beni attuali cadde nel nulla, e diventò incapace di qualsivoglia utile effetto per l' avvenire.*

La quale conclusione sembra anche avere un solido appoggio nell' art. 22. della Sovrana Patente. Dispone quell' articolo che *scaduto il secondo termine senza che la detta iscrizione* (in forma d' ipoteca speciale) *sia cognita*, senza dire per quale motivo; dee ritenersi *per qualunque motivo*, quindi eziandio per quello, che non esistesse materia capace di specializzarsi, e di acquistare forma concreta.

4. L' I. R. Tribunale di prima istanza di Milano nella sua decisione 23 Settembre 1828 confermata dall' Appello il 26 Febbraio 1829. si occupò di questa materia; la sua decisione è favorevolissima alla tesi da noi sostenuta in questo paragrafo.

Quel Tribunale in una graduatoria aveva collocata Maria Cavaletti, moglie di Giuseppe Biraghi debitore spropriato, in un grado deteriore; essa reclamò e dedusse, che essendo il suo contratto dotale costituito con rogito del 1783. la sua ipoteca doveva contarsi da quella data, abbenchè non iscritta, essendo la ipoteca legale delle mogli dispensata dalla iscrizione sì pel codice Napoleone che per l' editto 25 Ottobre 1808; che, a fronte di questo motivo, non era valutabile quello dedotto dal Tribunale, che cioè la casa alienata era venuta nel patrimonio del marito vigendo il Codice universale austriaco, vedendosi chiaramente espresso nel §. 3.° della notificazione del 1816. che *le ipoteche derivanti da atti e contratti anteriori al* 1 *Gennaio p. p. dovevano regolarsi colle leggi rimaste in osservanza a tutto Decembre* 1815. Si rispondeva principalmente dalla parte contraria, che il Codice aveva abrogata la disposizione delle leggi napoleoniche, e la iscrizione era divenuta necessaria anche per tali ipoteche. A sentenziare favorevolmente furono motivi del Tribunale: doversi distinguere *fra il titolo e il diritto alla ipoteca, e il modo d' acquisto della ipoteca stessa;* che il Titolo stava nella costituzione di dote e controdote di cui nell' istromento del 1783, ma l' effettivo acquisto della ipoteca si operava in suo favore in forza delle leggi vigenti; che la distinzione fra il titolo e il modo d' acquisto, è apertissima

Digitized by Google

nel §. 451. del codice vigente; che il suo titolo d'ipoteca fu bensì conservato alla reclamante, e anche l'estensione del medesimo, nè le poteva esser tolto senza effetto retroattivo (*a*), ma dispensata dalla forma prescritta per l'effettivo acquisto di una ipoteca sopra beni ché passassero in seguito nel dominio di suo marito, e non venne con ciò un oggetto sopra cui potesse operare il suo titolo ». E determinò in via di massima generale — *il Codice vigente per l'acquisto di qualunque ipoteca richiede la iscrizione.*

E parmi sapientissimo il giudizio. I beni erano passati in dominio del debitore sotto l'impero del codice. Allora solo si acquistava la ipoteca. Il titolo antico n'era la causa abituale ed efficiente: ma l'atto verificavasi in tempo nel quale era statuito che il diritto di pegno sull'immobile non si acquista se non *iscrivendo il credito nel modo prescritto per l'acquisto della proprietà* (*b*). Nè poneva ostacolo il §. 1.° della Sovrana Patente. Le ipoteche legali *nate e sussistenti senza iscrizione*, per quella legge, dovevano essere iscritte; onde altri potrebbe argomentare che dunque sino all'epoca ivi stabilita si poteva sempre e in ogni caso passare avanti senza iscrizione. Evidentemente la *conservazione* di tali ipoteche tacite suppone che si fossero legittimamente acquistate, cioè *sopra quei beni ch'erano venuti in dominio del debitore prima dell'attivazione del Codice.* Lo disse il §. 2.° specificando quelle ipoteche *delle quali rimanesse tuttora vivo l'effetto senza iscrizione.* Dunque, non tutte, nè indistintamente.

(*a*) Non si vuol confondere la retroattività rapporto al titolo, di che parla la decisione, con quella che concerne la forma, di cui ho discorso al N. 2. di questo §.

(*b*) Basevi ana. al §. 451.

Digitized by Google

§. CCCXXXVIII.

I beni passati in dominio di terzi, prima della promulgazione del Codice potevano essere colpiti dalla ipoteca specializzata?

Parmi la risposta facile. La ipoteca tacita vi aveva già impresso il suo marchio; il fondo offeso da tale ipoteca non lo era di più perchè la ipoteca fosse specializzata. Esso era ugualmente vincolato al debito della dote, poteva ugualmente perseguitarsi dal creditore; solamente il vincolo, nascosto agli occhi del pubblico economico, doveva manifestarsi con una espressione uniforme e precisa.

§. CCCXXXIX.

Rapido confronto del sistema della dote con altri codici d'Italia.

1. La dote è un obbligo dei genitori; un diritto delle figlie; una facoltà nel marito. Perchè non potrà sposare una donna senza dote? E allora — *il marito che non si è stipulata la dote prima di contrarre il matrimonio non ha più diritto di domandarla* — (§. CCLXII. conforme) (*a*).

2. La quistione sul valore delle quietanze dotali, è ridotta a una quistione di tempo. §. 1226. (V. §§. CCXL. CCLXI.) La dichiarazione del marito o verbale o scritta fa sempre prova, *se anteriore alla data della pubblicazione del concorso* (*b*).

(*a*) La rinuncia del marito può pregiudicare ai diritti di lei? L'illustre Basevi risponde negativamente. E io lo credo. Perciò il §. 1225. non parla che del marito onde rimane viva l'azione contro le persone indicate nel §. 1220. Ellinger. Si osservi che la donna può risentire maggior vantaggio dal mantenere il patrimonio proprio immune da vincolo dotale.

(*b*) Se la dichiarazione è verbale, il tempo convien provarlo coll'organo di testimoni. Se scritta, il tempo si determina *dalla data*. Il che è pericoloso. Winwarter V. Giorn. di giuris. aust. 1817. V. 1. p. 69.

Digitized by Google

3. La *stima* non è più la dimostrazione presuntiva di trasferito dominio dei beni immobili, o dei mobili che possono usarsi, salva la sostanza (§§. CCLXIV. CCLXV. CCLXVI.). *Essi rimangono sempre in dominio della moglie finchè non siasi provato che il marito abbia ricevuto la dote per un prezzo determinato, e che siasi soltanto obbligato a restituire questo prezzo da lui pagato.* Non si ammette veruna delle tante presunzioni che tormentano la giurisprudenza di qualche altro Stato; qui si vuole una dichiarazione espressa, e in quella forma.

4. La cauzione della dote, *la ipoteca legale* che tanto affatica le altre legislazioni, che è soggetto di tante dispute, nel Codice austriaco è una convenzione delle solite; e sembra di una freddezza singolare quel linguaggio. — *Chi dà la dote può esigere da chi la riceve una proporzionale cauzione, o nell' atto stesso della tradizione, o in seguito se emerga il pericolo.* §. 1238. (*a*). È da vedere se nella immensa dominazione austriaca abbia mai destato motivo di rimpianto l' abolizione della Ipoteca legale (*b*). Non so perchè quando si discorre *di semplificare il sistema ipotecario*, si fabbrichino utopie strane, e non si studì piuttosto in questo vivo esempio, in cui si riflette la esperienza di tanti fatti economici; in questa idea, che è una legge, non un pensiero filosofico, e una legge che governa millioni d' uomini nelle più svariate costumanze e condizioni sociali! Se la legge cessasse d'esser ultra-protezionista per lasciare libero il corso degli affari, almeno sino a un certo punto, non credete voi che questo commercio, come ogni altro, non fosse per bilanciarsi; che il padre che numera la dote non volesse bene assicurarla sui beni del genero, o il marito su quelli del padre che non pagò; e che lo stesso intelletto muliebre, naturalmente acuto, non si svegliasse una volta sui proprî interessi?

(*a*) Pare che la circostanza del pericolo autorizzi *una prenotazione;* ma tutto ciò deve essere fondato in una convenzione.

(*b*) Antico è l' odio della legislazione austriaca contro l' ipoteca tacita-legale — Codice Giuseppino §. 69. Cap. 3. P. 1.

Digitized by Google

5. *Se si apre il concorso dei creditori sui beni del marito, tuttora vivente la moglie, non può per anco domandare in confronto dei creditori la restituzione della dote e la consegna della controdote, ma l'assicurazione soltanto pel caso di scioglimento del matrimonio.*

§. 1260. I diritti delle donne devono esser liquidati e classificati (*a*). Che s'intende per *assicurazione?* Questo concetto accenna a un semplice diritto reale chè la moglie ritenga sui beni del marito debitore che vengono in concorso. Tali diritti possono essere già assicurati o no. Ipotecarî, o chirografarî. Questi ultimi sono relegati a una classe inferiore, e precisamente alla sesta (*b*). Ma noi supponiamo che, in qualunque classe collocati i crediti e diritti della moglie, abbiano un grado utile. Tali diritti resteranno nel patrimonio, ossia presso i creditori, che dovranno esibire legittima cauzione, come avviene nella nostra pratica pontificia. Ma se la donna avesse non l'azione, ma la proprietà, essa potrà vendicarla dalla massa. Difatti essa ha *diritto al godimento* della data del concorso; e perchè non potrebbe anche aspirare al possesso dei beni di sua proprietà? (*c*).

Può inoltre pretendere dal tempo della pubblicazione del concorso il godimento dell'assegnamento vedovile, e se questo non fu stipulato, il godimento della dote. Tale pretesa però sopra l'uno o l'altro godimento non ha luogo se si prova che la moglie abbia data causa alla decadenza del marito.

Con una condotta irregolare, con dispendî ingiustificabili, con un lusso smodato. Io credo ci voglia assai per venire all'applicazione di questa legge, dal lato morale lodevolissima (*d*).

(*a*) La dote e contro dote si collocano alla classe terza — §. 19. del Regol. Gen. sul concorso. La controdote pel caso di concorso ha sede nella terza classe sino alla concorrenza della entità dotale; non per l'eccesso (§. 8.) Nippel. Di questo sistema si darà conto a suo luogo.

(*b*) Decret. Aul. 7 Decembre 1780. Racc. legg. giudiz. N. 1082.

(*c*) Ellinger al detto §. Richter Mem. sul diritto della prelazione della moglie. Olmutz 1831.

(*d*) V. il nostro §. CCXCV. in fin.

Digitized by Google

6. Questa in austriaco è la semplicità del sistema dotale onde anche il giuoco ipotecario diventa semplicissimo. Diremo qualche cosa sulla comunione dei coniugi.

§. CCCXL.

Continua l' argomento. Comunione di beni fra i coniugi.

1. Il Codice austriaco ammette la comunione dei beni fra coniugi, ma osserva questa combinazione sotto una forma propria e originale. La semplicità della istituzione fa contrasto col pesante e complicato meccanismo del sistema francese (*a*). *L' unione coniugale non costituisce per se sola la comunione dei beni fra' coniugi.* Essa è materia di speciale contratto entro i limiti stretti della legge §. 1233. I francesi a cui quella consuetudine derivava da sorgenti germaniche (*b*), la gettarono quasi senza scelta nel loro codice con quella complicazione che n' era il carattere pratico; in Germania il Codice di Giuseppe ebbe il coraggio di derogare (*c*). Quello di Francesco I. ripristinò nell' interesse dei coniugi una istituzione che, a mio credere, non può mai riuscire veramente utile. *La comunione dei beni fra' coniugi s' intende di regola soltanto pel caso di morte, e dà al coniuge il diritto alla metà di quei beni posti reciprocamente in comunione che rimanessero dopo la morte dell' altro.* Specie di patto successorio colla sola differenza, bene avvertita dall' illustre Basevi, che il diritto si acquista mutuamente dai coniugi coll' atto stesso della stipulata comunione, laddove il patto successorio alla sua esecuzione esige *la capacità di succedere al tempo della morte dell' altro coniuge.* È un diritto condizionale e puramente in spe, poichè dipende dalla sopravvivenza; ma oserei oppormi alla opinione di un giureconsulto assai celebrato (*d*) il quale tiene in modo assoluto che *il*

(*a*) Già considerato nei §§. CCXXI. CCXXII. CCXXV. CCXXVI.
(*b*) §§. detti.
(*c*) Cap. III. §. 97.
(*d*) Lo stesso Basevi — Nota al §. 1236.

Digitized by Google

contratto di comunione dei coniugi non impedisce le alienazioni per atti fra vivi, e molto meno le ipoteche. Non sarebbe più contratto quello che l'una o l'altra delle parti potesse eludere impunemente.

2. Sembra venire in conferma il §. 1236. « *Se possedendo uno dei coniugi uno stabile, il diritto dell' altro coniuge viene iscritto nei pubblici libri, questi colla iscrizione acquista un diritto reale sulla metà della sostanza di quello stabile, in di cui forza l' altro non può disporre di questa metà, ma egli non acquista colla iscrizione alcun diritto ai frutti durante il matrimonio. Dopo la morte del coniuge spetta immediatamente al superstite la libera proprietà della sua porzione, nulladimeno tale iscrizione non può pregiudicare ai creditori anteriormente iscritti.* Se fosse vero in *modo assoluto* che i coniugi potessero e alienare e ipotecare i beni che dopo la morte verranno a ricadere nell'uno o nell'altro, la legge non gli avrebbe sottoposti al vincolo descritto nel 1236; al vincolo ipotecario che per così dire gl'immobilizza mettendoli fuori di circolazione. Essi, prima della iscrizione, potranno farlo nel senso che i terzi, non avvertiti della iscrizione, potranno legittimamente acquistare e la proprietà e il gius d'ipoteca; e a questo accenna l'ultimo membro del §. 1236. Ma il coniuge che aliena, in frode del contratto di comunione, non dovrà indennizzarne il socio che deve avere convenuto in vista di certi o vantaggi o correspettività che gli offriva la posizione economica del consorte? I quali se in ogni cosa debbono serbarsi vicendevolmente la fede, non saprei perchè anche in questo nol dovessero. Combinazione meno intralciata della francese, ma molto più insipida. Essa non ha vita che dalla morte di uno degli sposi. Bella e confortante associazione è quella che gli amici fanno vivendo! Pare che il contatto degli spiriti diventi e più lieto e più intenso quanto più si rannodano in centri comuni le forze degli oggetti materiali che ne circondano. Comunione dopo la morte, sembra una ironìa. Essa, senza aver esito alcuno nel corso della vita (poichè non si dividono neppure i frutti) non produce che due effetti assai perniciosi: intralcia, paralizza le proprietà reciproche; solleva spesso nell'animo un voto detestabile, che il coniuge sgombri prestamente per darvi guadagnata la partita della morte che decide questo giuoco d'azzardo.

Digitized by Google

TITOLO VI.

IPOTECA LEGALE DEI MINORI, INTERDETTI, CORPI MORALI ECC.

CAPO I.

DELLA IPOTECA LEGALE DEI MINORI, INTERDETTI, E FIGLI DI FAMIGLIA.

§. CCCXLI. — *Tutela secondo il concetto primitivo.*
§. CCCXLII. — *Cura dei puberi. Difficoltà di determinare storicamente questa nozione.*
§. CCCXLIII. — *Della ipoteca come guarentigia legale dell' amministrazione tutoria.*
§. CCCXLIV. — *Delle rappresentanze naturali o civili delle persone soggette all' altrui amministrazione. Disposizioni positive.*
§. CCCXLV. — *Ipoteche dei Curatori ed amministratori. Osservazioni sul* §. 117. *n.* 3. *del regolamento pontificio.*
§. CCCXLVI. — *Dei curatori che non sono soggetti ad ipoteca.*
§. CCCXLVII. — *Del Tutore o Curatore al minore emancipato.*
§. CCCXLVIII. — *La ipoteca legale dei minori e interdetti non si estende ai beni del Tutore surrogato.*
§. CCCXLIX. — *Del Protutore. E dei gestori di fatto.*
§. CCCXL. — *Se il figlio minore abbia ipoteca sui beni del padre amministratore dei suoi beni avventizî.*
Varie opinioni dei giuristi francesi.
§. CCCLI. — *Opinioni dei giuristi italiani. Chiesi. Giovanardi.*
§. CCCLII. — *Dei principî stabiliti dal diritto comune, circa la ipoteca tacita dei figli di famiglia sui beni del padre amministratore del loro peculio avventizio.*

Digitized by Google

§. CCCLIII. — *La dottrina esposta nel precedente §. più facilmente si applica al sistema francese attese le modificazioni adottate sulle nozioni primitive di patria podestà e di tutela.*

§. CCCLIV. — *Ragioni per cui la ipoteca tutoria deve iscriversi a carico del genitore amministrante, malgrado la verità delle suddette distinzioni. Francia. Napoli. Parma.*

§. CCCLV. — *La ipoteca legale a favore del figlio di famiglia, minore, colpisce i beni del padre o altro ascendente, senza distinzione alcuna, giusta il Codice Sardo ed Estense.*

§. CCCLVI. — *Nel sistema Pontificio, e nel Toscano, il padre amministratore dei beni avventizî dei figli non è soggetto ad ipoteca.*

§. CCCXLI.

Tutela secondo il concetto primitivo.

Quando Servio definì la tutela *vis et potestas in capite libero*, pose in fermo due nozioni fondamentali nel diritto della tutela: la personalità del cittadino, l'imperfezione della età.

Tutela è difesa (*a*). La difesa del pupillo; la *condizione pupillare* è esclusiva di quella di figlio di famiglia. La tutela è concetto incompatibile con quello di patria podestà.

I moderni hanno variate, o per dir meglio confuse, queste idee primitive. Lo vedremo nel progresso di questo capitolo.

§. CCCXLII.

Cura dei puberi. Difficoltà di determinare storicamente questa nozione.

1. Vi furono due epoche della vita nella quale l'attitudine della legge non potè esser dubbia, quella della prima età, o della impubertà; e quella in cui l'uomo è costituito nella pienezza

(*a*) Tutores quasi tuitores. Donell. Inst. de Tutel.

Digitized by Google

delle sue forze fisiche e morali; la prima per determinare la sua completa inazione, la seconda per attribuirgli tutta quella libertà d'azione che è propria del cittadino sotto l'impero delle leggi generali. L'età mezzana, quella in cui la ragione comincia a manifestarsi e rapidamente avanza sino alla sua perfezione, quella età tormentò il concetto degli antichi che oscillarono lungamente a stabilire qual parte di libertà dovesse togliersi e quale accordarsi al pubere; a colui cioè che non è ancor uomo e non è più fanciullo; che ha intelligenza e coscienza, ma inesperta, passionata, e quasi poetica. La quale difficoltà sembra aver causa legittima specialmente nella costituzione politica degli antichi romani. Non si poterono negare alla fiorente gioventù (che quando ha varcati i venticinque anni già s'approssima alla virilità) certi diritti competenti a cittadino; certi esercizî proprî degli anni più generosi; le ragioni infine della paternità e della famiglia. Avanti la legge Villia non era stata determinata l'età delle pubbliche cariche; il pubere poteva entrare nel servigio e aveva suffragio, almeno negativo, *(il veto)* nelle concioni popolari (*a*); come padre di famiglia godeva delle prerogative annesse a quella dignità naturale, sulla quale il sistema politico aveva fabbricate le sue più felici combinazioni. La proclamazione di una incapacità ingenita in siffatte *persone* civili, pareva un insulto, o almeno, come dicesi, un controsenso. Molto ancor valse, se non m'inganno, a modificare il concetto assoluto della incapacità che colpiva l'impubere, una ragione morale innegabile, la considerazione dello stato della coscienza già risvegliata nel pubere, e che a grado a grado si consolida. Laonde il minore fu capace di delitto e quindi di pena (*b*). Da ciò quelle disposizioni varie ed

---

(*a*) Niebuhr. Storia Rom.

(*b*) Sono note le dispute fra Capitone e Labeone sullo stabilire il limite della impubertà. Ma al filosofico individualismo del primo andò innanzi, nelle materie civili, la opportunità di una regola generale e comune, che fu invariabilmente adottata negli anni 14 pei maschi e 12 per le femmine. L. 13. in fin. D. de tutor. dat. L. ult. C. quando tut. vel. cur. esse defin. In fatto di azioni criminali e punibili, non fu mai

Digitized by Google

incerte che vennero notate in fatto di prescrizione. Chiara e semplice nel rapporto della età pupillare (*a*) quella nozione sembrava avvilupparsi quando si veniva a discorrere dei maggiori di 14 anni. La prescrizione *longi temporis*, quella dei 10. a 20. anni correva difatti anche contro di essi (*b*); ma una folla di autori sosteneva, competere al minore il rimedio della restituzione in intiero (*c*); le costumanze di Francia, nate da quella che la scuola storica chiamerebbe — forza di vita informatrice del diritto — presentavano anomalie frequenti; i tribunali decidevano ordinariamente a favore della minorità, creando la giurisprudenza e in atto da legislatori (*d*).

2. Non so se la civiltà abbia corrotti gli uomini; e se nei tempi barbari i costumi fossero migliori. Quando si fu ad un certo punto si conobbe che a quattordici anni è troppo presto per saper vivere. Le volpi facevano strage di codesti inesperti; bisognava frenare la frode, punirla. La legge *Pletoria* (*e*), che si trova

---

escluso nel diritto antico l'elemento arbitrario che versò intorno le attitudini morali e fisiche del giudicabile, ferma la regola che la minorità per se stessa non iscusa mai dal delitto, almeno di commissione. L. 1. Cod. si adversus delict. V. l'opera dell'illustre Giuliani Inst. di dirit. Crim. 3. Ediz. Vol. I. pag. 154. La quale incertezza ed arbitrarietà conferma ciò che veniamo dicendo intorno alla difficoltà di apprezzare la capacità e la moralità dell'uomo in quell'epoca di transizione.

(*a*) L. 3. C. de praescript. 30. vel 40. ann.

(*b*) L. 3. detta L. 5. C. in quib. caus. integr. Cujac. ad tit. Cod. quibus non obijcitur longi temp. praescr. Troplong della prescrizione N. 735.

(*c*) Gratian Disc. for. C. 118. per tot. C. 403. N. 35. e C. 807. N. 16. ove cita moltissimi.

(*d*) Troplong loc. cit.

(*e*) Leggo *Pletoria* con Mazzochi Savigov e col maggior numero dei tedeschi, fondati specialmente nell'autorità delle Tavole *eraclenses*, quantunque dopo Cicerone, Capitolino, Prisciano ecc. lo stesso Cujacio abbracci quella locuzione — *Laetoria*. Mi attengo in sostanza all'autorità dei moderni, che hanno tanto progredito in codesti studî, senza che io mi sia dato cura di purgare questa notizia d'altra parte di poco interesse.

Digitized by Google

in vigore sino dal sesto secolo di Roma, condannava i frodolenti *judicio publico* a pena pecuniaria, e alla infamia (*a*). Dall' adozione della legge proibitiva nacque *l' exceptio* a favore del minore, fondata nella violazione di un principio morale (*b*). La capacità civile dei puberi era supposta in questa legge, la quale diede anche una volta l' esempio del modo con cui si soleva procedere nelle riforme, quasi sempre indiretto, e che, sotto colore di miglioramento, lasciava sussistere le basi del giure costituito. L' *exceptio* supponeva il contratto valido, appunto perchè a distruggerne gli effetti era necessaria una forza giuridica estranea allo stesso atto; l' eccezione *escludeva* l' azione (*c*), ma non si esclude ciò che non ha esistenza. Pare che colla legge Pletoria spuntasse la istituzione dei curatori (*d*); la quale però non ebbe ordinamento definitivo che dalla costituzione di Marco Aurelio di cui nelle fonti non si trova quasi vestigio (qual ne sia la ragione) ma che viene accertato da uno storico contemporaneo che è Capitolino (*e*). La supposta difficoltà del conciliare un sistema generale della curatela quale vuolsi istituita da Marco Aurelio, colle vere e reali specialità di essa nei rapporti pratici degli affari minorili, meritò il lungo e dotto dissertare che se n'è fatto in Germania. Per altro sono chiare e non disputabili determinazioni di diritto le seguenti 1.° che il minore poteva esercitare

---

(*a*) Framm. Tabulae Eraclens . . . . Savigny sulla *Lex Plaetoria*.

(*b*) *Si quid contra legem etc. senatusve consultum factum est.* — Cajus L. 2. D. de excep. IV. §. 121.

(*c*) Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio . . . L. 2. D. de except.

(*d*) Le scarse notizie che si hanno di quella legge, il dubbio che lascia il noto passo di Capitolino in *Marco* da cui si vorrebbe provata la istituzione, alcuni riscontri sparsi qua e là nel corpo del diritto (*hodie* in hanc usque aetatem 25 annor. adolescentes curatorum auxilio reguntur, dice la L. 1. §. 3. D. de minor.) che darebbero segno di un fatto meno antico, non permettono di fondare con certezza che la istituzione delle curatele fosse organizzata sin d' allora; e pare fosse concesso ai minori di domandarsi un difensore, un assistente, nei casi di bisogno (reddita causa) anzichè fosse loro imposto.

(*e*) Cujac. Comment. ad tit. de minor. 25 ann.

Digitized by Google

molti fatti da se, indipendentemente dal curatore (*a*) 2.° che questo è largamente provato dall' editto del Pretore che concede in tanti casi la restituzione in intiero 3.° che la proibizione espressa di fare senza curatore riguarda alcune operazioni distinte, come il comparire in giudizio, alienare beni stabili (*b*) 4.° che il curatore è dato come difesa ed *auxilium* (subvenitur); la curatela è un soccorso alla persona del minore che concerne principalmente l' amministrazione de' suoi beni; la tutela è la identificazione della persona del pupillo nella rappresentanza tutoria. Insomma la protezione del patrocinio legale continuò a favore del pubere *usque ad aetatem legitimam*, ma con una compressione assai men grave, con un vincolo meno generale, lasciando aperto intorno a lui un campo entro il quale la sua attività potesse liberamente esercitarsi.

§. CCCXLIII.

Della ipoteca come guarentigia legale dell' amministrazione tutoria (*c*).

1. È noto che prima della legge di Costantino (*d*) non competeva ai pupilli che un privilegio personale (*e*), ossia un semplice diritto di preferenza sui creditori chirografarî del tutore. Non siamo ben certi se Costantino fosse l' autore di quella legislazione, che cangiò in un modo sì radicale gli antichi rapporti di diritto fra il tutore ed il pupillo, e fra costui e i terzi. V'ha chi crede che l' imperadore non facesse che dare una sanzione

---

(*a*) Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari. L. 101. D. de V. O. L. 141. §. 2. eod. L. 45. de oblig. et act. fragm. Vatic. §. 110.

(*b*) L. 2. §. 1. L. 3. Cod. de his qui veniam L. 3. Cod. quando decreto opus.

(*c*) Pro gubernatione substantiae. Nov. 118. Cap. V. in fin.

(*d*) 20. C. de adm. tut.

(*e*) LL. 19. 20. 21. D. de bon. auct. jud. poss.

Digitized by Google

più formale ad una legge già in vigore; o anche meglio, applicare ad un caso particolare una regola generale (*a*). Per ciò che spetta ai furiosi, la legislazione si decise in loro favore sotto Giustiniano che li volle protetti dalla ipoteca legale al par dei pupilli, e da un'azione rigorosa di rendiconto fondata sull'inventario e sul giuramento (*b*).

2. La legislazione francese seguì in generale queste massime del diritto romano. Ci fu un momento nel quale la ipoteca legale delle mogli e dei minori disparve dall'orizzonte giuridico. L'art. 17. della L. 9. messidoro anno III. ordinava che niun titolo potesse produrre ipoteca se non acconsentito innanzi alla giurisdizione legittima; o per atto privato ma riconosciuto in forma solenne: *en consequence, il n'y a plus d'hypoteque tacite.* Ben presto la legge dell'11. brumajo ricondusse l'antica regola, aggiungendovi la formalità della iscrizione. L'una e l'altra ipoteca, quella dei minori e delle donne maritate, nacquero da un fatto semplicemente, dalla tutela cioè e dal matrimonio.

3. Il solo codice delle Due Sicilie accettò dai francesi la ipoteca tacita. L'austriaco si divide dal sistema comune. Confidando nell'accuratezza grande de' suoi mezzi di scelta, di custodia, nella forte organizzazione delle sue magistrature pupillari (*c*), nella estesa solidarietà degli obbligati, nelle prescrizioni severe e minute imposte al giro pratico dell'amministrazione (*d*), e in una esecuzione rigorosa, sente di poter far a meno di una ipoteca.

(*a*) Paul Pont. Explic. teoriq. et pratiq. du Cod. Napol. Paris 1857. art. 2121. VII. — 488.

(*b*) L. 7. §. 5. fin. Cod. de cur. fur.

(*c*) Sovrana Patente 9 Agosto 1854.

(*d*) Cod. Univ. dal §. 187. al 284.

Digitized by Google

§. CCCXLIV.

Delle rappresentanze naturali o civili delle persone soggette all' altrui amministrazione. Disposizioni positive.

La patria podestà occupa la cima di questa piramide; essa è la tutela istituita dalla natura e da Dio sugli esseri che noi produciamo, e che amiamo sopra noi stessi. Da qualunque punto si osservi questa imponente attitudine dell' uomo in mezzo alle persone da lui generate, niuno ha mai detto che il padre sia rivestito della tutela, propriamente detta, ma invece egli ha la capacità di produrla.

Torneremo sull' argomento; ora terremo conto di alcune disposizioni di diritto positivo.

1. *Stato Pontificio.*

La patria podestà non cessa colla maggior età del figlio, ma colla emancipazione, e per la morte o naturale o civile, e per altre cause determinate dalla legge (*a*).

Regolarmente spetta al padre l' usufrutto e quindi l' amministrazione dei beni avventizî del figlio (*b*); perciò chiamasi peculio avventizio irregolare quello del quale non ha l'usufrutto (*c*).

La minorità civile cessa agli anni ventuno (§. 5. Regol. legisl. giud. 10 Nov. 1834.).

Sciolto il matrimonio colla morte della madre, il padre che ha il figlio *in potestate* continua nell' esercizio degli stessi diritti d' amministrazione (*d*).

Morto il padre, la madre superstite è tutrice di diritto, per concessione dell' imperatore, alla condizione di rinunciare alle seconde nozze e al beneficio del Vellejano (*e*).

(*a*) Instit. Tit. de patria pot. Tit. quibus modis patria pot. solv. Dig. Tit. de his qui sui vel alien. jur. Tit. de lib. et post. Cod. de patr. pot.

(*b*) Inst. per quas person. §. 1. L. ult. §. 5. C. de bon. quae lib.

(*c*) Nov. 117. C. 1.

(*d*) Patrem habenti, tutor non datur Inst. de tutel. §. 3.

(*e*) Nov. 118. C. 5.

Digitized by Google

La madre, passando a seconde nozze, perde il diritto alla tutela; deve dimandare un tutore ai figli, e render conto dell'amministrazione (*a*).

Il padre può dare nel testamento un tutore al figlio esistente sotto la sua podestà, escludendo i legittimi e dativi (*b*).

2. *Codice delle Due Sicilie.*

» Il padre, durante il matrimonio, è l'amministratore dei beni dei figli minori ». Art. 291.

» È tenuto a render conto della proprietà e delle rendite di quei beni di cui non ha l'usufrutto; della sola proprietà di quegli altri, il di cui usufrutto gli è dalla legge attribuito; e della tenuta amministrazione ». Art. 293.

» Per la morte di alcuno dei genitori il superstite sarà tutore dei figli minori; e con tal qualità eserciterà quei diritti, e sarà sommesso a tutti i doveri che risultano dalla tutela ». Art. 294.

La maggiorità che comincia agli anni 21, è l'emancipazione di diritto. Nondimeno il maggiore d'anni 21. e sino ai 25. « 1.° non può ipotecare donare o alienare gl'immobili non acquistati colle proprie industrie 2.° non prender denari o generi a mutuo, anche sotto l'aspetto di altro contratto qualunque 3.° non riscuotere capitali non acquistati colle proprie industrie e farne quietanza ». Art. 296.

Il padre ha l'usufrutto dei beni del figlio sino all'età di 18 anni, o alla emancipazione che avviene 1.° *ipso jure* col matrimonio del minore 2.° per dichiarazione del padre, e in mancanza di lui, della madre, compìti gli anni 15. 3.° dalla liberazione del Consiglio di famiglia, se il minore è rimasto senza padre, e senza madre, ma solamente compìti gli anni 18.

» Quando il padre sia premorto, la madre ha la metà dell'usufrutto sin che il figlio non giunga alla maggiore età, o sia emancipato ». Art. 208. Cessa quando passa a seconde nozze. Art. 300. E non si estende « ai beni che i figli potranno acquistare separatamente colla loro fatica e industria; nè a quelli che a loro

---

(*a*) L. 2. C. quando mulier tut. Nov. 94. C. 2.

(*b*) L. 11. D. de test. tut. Nov. 118. C. 5.

Digitized by Google

perverranno per donazione o per legato, colla espressa condizione che il padre o la madre non abbiano a goderne ». Art. 301.

Quello dei genitori che morrà l'ultimo, ha il diritto personale di assegnare un tutore parente o anche estraneo. Ma se il padre avesse già assegnato un contutore alla vedova, (art. 313.) la madre non può nominare altro tutore fuorchè ai beni proprî (art. 319.).

3. *Codice di Parma Piacenza ecc.*

Distingue potestà patria *naturale* dalla civile; la prima attribuisce ad amendue i genitori, la seconda al padre (art. 82.). Fa derivare l'usufrutto dalla patria podestà (91.), l'emancipazione non può farsi che dopo i 18 anni (102.).

Pel Codice Estense: la madre ha la metà dell'usufrutto che apparteneva al padre premorto (130); la patria podestà non cessa che ai 25 anni del figlio, e per le altre cause enunciate nell'art. 139. benchè la minorità finisca agli anni 21. (190).

Pel Codice Sardo. « il padre ha sovra i beni avventizî del figlio costituito sotto la sua podestà il diritto d'usufrutto sino a che questi sia giunto all'età di anni trenta compiti. S'intendono beni avventizî quelli che provengono al figlio per successione intestata, o testamentaria, per legato, per donazione, o per qualunque altro titolo lucrativo — 224.

» Nel caso di matrimonio contratto dal figlio col consenso del padre l'usufrutto cesserà al compimento dell'età d'anni venticinque riguardo ai maschi, e di anni ventuno riguardo alle femmine: se il matrimonio sarà contratto dopo tale età e prima degli anni trenta, l'usufrutto cesserà dal giorno del contratto matrimonio ».

» L'usufrutto cesserà pure nel caso di morte del figlio di famiglia prima della sopraddetta età di anni trenta ». 225. — Limita questo usufrutto agli art. 228. 229.

» L'amministrazione dei beni di cui il padre ha l'usufrutto dura per tutto il tempo dell'usufrutto medesimo ». Art. 231.

» La patria podestà non pregiudica al diritto di testare ». 234.

» Il padre che dilapida la sostanza dei figli, può esser privato dell'usufrutto ». 239.

È conservato l'assetto dei consigli di famiglia secondo la bella tradizione francese.

Digitized by Google

In Toscana — Ratione aetatis, la patria podestà, che è strettamente attribuibile al padre, cessa agli anni trenta nei maschi e agli anni quaranta nelle femmine che vi sono sottoposte (L. 15. Nov. 1814. art. 6.).

» Compìta la età d'anni 18 possono i figli di famiglia disporre per testamento o per altro atto qualunque di ultima volontà dei loro beni avventizî ». Art. 18.

Vi si riconosce una emancipazione presunta dai caratteri esterni delle operazioni che fa il figlio di famiglia, e che il giudice dee valutare art. 28. L'emancipazione che si dimostra al pubblico con forme solenni (art. 39.) riduce alla metà l'usufrutto del padre, come nel diritto romano; purchè non sia provocata da colpa del figlio (art. 46.). Alla sola madre (esclusa l'ava) si deferisce la tutela legittima dopo la morte del padre sopra i figli non emancipati. « *Della tutela* — art. 10.

§. CCCXLV.

Ipoteche dei curatori ed amministratori. Osservazioni sul §. 117. *N.* 3. *del regolamento pontificio.*

1. Nel codice francese, come nel Siciliano, Sardo, Parmense, e Modonese, la ipoteca legale *è data sui beni del tutore.* In Toscana sui beni *dei tutori e curatori;* in pontificio, *sui beni dei tutori curatori e altri amministratori.*

Sarebbe forse che nel sistema dei primi non si riconoscano curatori; o che in quello dei secondi *tutori e curatori* si confondano e non siano che la stessa cosa?

Bisogna ritenere che, quanto agli effetti ipotecarî, le istituzioni sono identiche, e la differenza cade soltanto sui nomi.

Il diritto romano volle discernere il tutore dal curatore, nei rapporti dell'età del tutelato (*a*); ma l'uno e l'altro furono soggetti alla ipoteca. I curatori degl'interdetti soggiacquero ancor essi

---

(*a*) §§. CCCXL. CCCXLI.

Digitized by Google

alla medesima condizione (*a*). Perciò le leggi pontificie e le toscane che nei loro codici parziali lasciano il dominio al diritto comune in tutto ciò di cui essi non dispongono, dovevano esprimere che alla ipoteca erano soggetti e i tutori e i curatori; ciò sono ugualmente quelli che presiedono alla età infantile ed impubere, e quelli che ai puberi e agl' interdetti. Nel sistema francese la tutela abbraccia tutto lo spazio della vita giovanile sino alla maggior età o alla emancipazione. Ma in tutti codesti sistemi si hanno dei curatori che non sono soggetti ad ipoteca di cui verremo dicendo nel §. seguente.

2. Che intese la legge nostra con quella giunta — *o altri amministratori* — non avvertita negli altri codici, e comparsa anche fra noi così tardi, cioè col regolamento di papa Gregorio, mentre nei due precedenti la locuzione era quella consueta di tutori e curatori? Sarebbero forse gli amministratori di mero fatto, quegl' intrusi che si mescolano senza titolo legittimo negli altrui affari; i gestori di negozî che non hanno qualità dalla legge, come crede uno dei nostri scrittori moderni, assai benemerito della scienza? (*b*). Io non divido la sua opinione per le ragioni che espongo nel §. 348. Qui però ne adduco una tratta dal §. 134. dello stesso regolamento. *La ipoteca legale* del §. 117. N. 3. *dovrà essere iscritta a diligenza degli stessi tutori curatori o amministratori, ALLORCHÈ ASSUMERANNO LA TUTELA CURA O AMMINISTRAZIONE, e dal cancelliere del tribunale ecc.* Seguita — *i tutori curatori e gli amministratori che trascurassero la iscrizione saranno RIMOSSI DAL LORO UFFICIO.* Tutto ciò è incompatibile con una mera amministrazione di fatto. Questi *altri amministratori* non sono a mio avviso che gli stessi curatori, i quali non sono dati o non si annunciano con questo nome, ma amministrano legalmente i beni pupillari, o di altri interdetti, eccetto il padre che ha una situazione tutta sua propria in faccia al diritto. *L' amministrazione infatti è la causa della ipoteca* (*c*);

(*a*) §. CCCXLII.

(*b*) Giovanardi Diss. XII. N. 5.

(*c*) L. pro officio 20. C. de admin. tutor. L. 1. §. 1. in princ. C. de rei ux. act. Negus. de pign. p. 2. M. 2. N. 6. Dicendo che la causa

Digitized by Google

e con qualunque nome e titolo si amministri le sostanze del pupillo o dell' interdetto, e da qualunque autorità legittima derivi il potere dell' amministrare, fosse anche dal Principe, sempre che il Principe stesso non lo prosciolga dal vincolo, bisogna subìr l' ipoteca. *Altri amministratori*, come il discorso suona, non possono essere che coloro che sono in somiglianza di posizione; ed è quasi schiarimento o parafrasi, e non punto cangiamento sostanziale di rapporti giuridici; poichè ognun sente quanto immenso divario passi fra il tutore e il curatore legittimo, e un intruso gestore di fatto, l' usurpatore di un potere che non riceve da altri che da se stesso. Costoro non possono in verun modo chiamarsi *amministratori* nel senso serio e solenne sotto il quale la legge li considera al fianco dei tutori e curatori.

3. Perciò la espressione che la legge ultima adottò, non certamente a variare il gius stabilito nei codici precedenti ma a darvi maggior chiarezza, non può estendersi a situazioni diverse e incoerenti; ma serve mirabilmente a toglier via ogni dubbiezza quando si tratti di amministrazione di beni di pupilli e interdetti, qualunque sia la causa o l' autorità competente, da cui derivi; o il tempo in cui debba durare. Uno dei caratteri della tutela e della cura di persone incapaci è la generalità dell' ufficio; in quanto non si restringe a qualche atto della sua vita civile ma si estende a tutto il tempo a cui la incapacità è per durare, o provenga dal natural difetto dell' età, o da sconvolgimenti deplorabili della ragione. Questa regola però del patrocinio tutorio qualche volta cede ai bisogni del momento e della circostanza, e si nominano dei curatori temporanei ai minori ed interdetti. Purchè abbiano anche *ufficio di amministratori di minori e pupilli,* costoro saranno colpiti da ipoteca per quella vasta disposizione dell' *art.* 117. *N.* 3. Laonde quella forma estensiva non giace oziosa, dacchè ottiene l' effetto di mettere in più chiara luce la mente del legislatore;

---

dell' ipoteca è l' amministrazione non esclude che anche il tutore non amministrante non debba soggiacere alla ipoteca, secondo la dottrina di Baldo alla d. L. pro ufficio in fin.; ma intende che dov' è amministrazione legale è inseparabile la ipoteca.

Digitized by Google

di levare le dubbiezze di nomi di modi di tempo e di simili accidenti; mostrare che la legge sorride di tutto il suo favore alla miglior difesa del minore e del pupillo, entro però quei giusti limiti che si circoscrivono dai rapporti legittimi di codesta posizione di diritto.

§. CCCXLVI.

Dei curatori che non sono soggetti ad ipoteca.

I codici di Sicilia, Sardegna, Parma, e Modena sotto il nome di *Curatori* indicano quei rappresentanti speciali che sono nominati in qualche occorrenza o dal Consiglio di famiglia, o dai tribunali a persone che non possono agire da se, eccettuati i minori ed interdetti che hanno una rappresentanza generale col titolo di *Tutore*. Ma e nel sistema francese, che è seguìto da più codici, e nel romano osservato in Pontificio e Toscana, ci sono dei Curatori a cui sono dati incarichi speciali e non soggiacciono ad ipoteca. Essi hanno la responsabilità di un mandatario. Ne faremo una rapida enumerazione.

1. *Curatore dell' assente.*

Secondo le leggi romane davasi un curatore ai beni degli assenti a richiesta delle parti o d' ufficio (*a*); non ipoteca sui beni del curatore. Pochi a dir vero, a tal condizione, avrebbero voluto sottostare a quel carico di tanto interesse pubblico. Ma l' art. 21. della celebre legge di brumajo ordinò che il curatore dell' assente soggiacesse ad ipoteca. I compilatori del codice Napoleone tennero diversamente, rimettendo in vigore una giurisprudenza ch' ebbe pochissime eccezioni. In Piemonte però dominava un altro principio; secondo la testimonianza del Fabro, del Richerio, e di altri (*b*) il curatore dell' assente non poteva sfuggire l' onere ipotecario; la quale tradizione venne conservata

---

(*a*) L. 22. §. 1. D. de reb. aut. jud. possid. L. 6. §. 2. L. 8. D. quib. caus. in poss.

(*b*) Thesaur. Qu. for. Lib. 2. Qu. 84. N. 7.

Digitized by Google

nell' editto 16 Luglio 1822. (art. 22.). Quella legge, prodiga d'ipoteche a carico dei curatori, appena è che n' esentasse *il Curatore alle liti*, non rispettando tampoco gli *esecutori testamentari* che avessero alcuna parte d' amministrazione: i gestori di negozî sostennero lo stesso vincolo (*a*). Se non che il Codice (Sardo) si uniformò alla più sciolta giurisprudenza francese, e liberò *il curatore dell' assente* dalla ipoteca.

2. *Curatore ai beni di colui che è civilmente morto.*

Il fisco amministrava i beni dei contumaci (*b*). Teodosio ritolse una parte della preda all' idra vorace facendo grazia della metà dei beni ai figli dei condannati (*c*); Giustiniano umanamente preferì gli eredi loro al fisco sino al terzo grado (*d*). Non trovo nel diritto comune disposizione che riguardi l' ufficio di curatore ai beni del condannato. Non dubito però che non possa essergli destinato in qualche caso particolare; nel sistema francese si assegna un Curatore *al morto civilmente* per assisterlo in giudizio (*e*): è chiaro che questo Curatore non è colpito dalla ipoteca.

3. Pare che il *Curator ad ventrem* fosse gravato del privilegio competente ai pupilli verso i curatori pupillari 1.° perchè in generale *il curatore ad bona* vi era soggetto (*f*) 2.° perchè un testo di Ulpiano c' insegna (*g*) che se il parto non veniva in luce, il *privilegio cessava:* il che prova la preesistenza del privilegio. Io non esiterei di credere che, giusta la legislazione pontificia e toscana, il *curator ad ventrem* debba soffrire una iscrizione ipotecaria, come compreso nelle disposizioni generali del §. 117. N. 3. e art. 64. N. 2. Per quanto io reputi prevalente la volontà alle parole, contuttociò le parole, come segni d' idee, debbono molto

---

(*a*) Pastori Com. al Cod. Sard. art. 2178.
(*b*) L. 2. D. de requir. vel abs. damn.
(*c*) L. 10. C. de requir. reis.
(*d*) Nov. 134. C. ult.
(*e*) Zaccheria §. 164. Merlin. Qu. 2. Morte civile.
(*f*) L. 22. D. de reb. auct. jud. possid. in princ.
(*g*) L. 24. eod.

Digitized by Google

sottilmente apprezzarsi, specialmente nelle leggi nuove, che avendo meditato sulle legislazioni precedenti, sulla loro virtù e sui loro difetti, è da credere abbiano ben intesa la importanza delle forme che vengono adoperando. Colui che amministra nell'interesse del nascituro, della prole aspettata, non fu mai indicato col nome di *Tutore:* perciò i francesi e appresso loro i Codici di Sicilia e Sardegna, dispensano senza dubbio tali curatori dalla ipoteca. L'art. 393. (Cod. francese) ravvicina i predicati di *curatore* e di *tutore* (parlando della madre, che diviene tutrice alla nascita del figlio), e col ravvicinarli li distingue e pone in rilievo (*a*). È probabile che la natura transitoria dell'ufficio abbia consigliato ad esimere il curatore dal giogo pesante; osservazione che non ebbe forza sull'animo dei legislatori di *Modena e Parma* che, sostituendo l'appellativo *Tutore* a quello *di curatore,* mostrarono ch'essi vollero assoggettare anche questa interessantissima funzione alla guarentigia ordinata a favor di coloro che per età sono incapaci delle proprie cose (*b*).

Questa parte del diritto illustrarono assai bene quelle due legislazioni, teorizzando *sullo stato della Tutela* (*c*) ch'estesero alla condizione minorile in guisa che niun istante della umana esistenza sino alla maggior età venisse sottratto a quell'ufficio salutevole e pio: di che vi fu compreso quell'abbozzo d'uomo che matura nel seno materno, nel dubbio esito di una vita futura, ma pure considerato com' esistente agli effetti economici che lo riguardano. Difatti è nel titolo *della Tutela dei minori* che si trova inserta quella *del ventre pregnante.*

Conchiudo adunque che il curatore al ventre non sopporta ipoteca, secondo la legislazione siciliana e sarda; e che il contrario deve tenersi secondo la pontificia, toscana, parmense e modonese.

4. *Del curatore alla eredità giacente.*

Se costui debba sostenere ipoteca è quistione fra i giuristi francesi (*d*). Debbo avvertire che l'esame è istituito da quei maestri

---

(*a*) Codice delle Due Sicilie art. 315. — di Sardegna art. 215.

(*b*) Parma art. 169. Modena art. 206.

(*c*) Art. 154. e segg. del Cod. Parm. art. 190. e segg. del Cod. Estense.

(*d*) Persil Quest. hyp. T. 1. Troplong. N. 440.

Digitized by Google

sotto l'aspetto *di una ipoteca giudiziale*, in quanto la sentenza che nomina il curatore alla eredità giacente sia o no produttiva d'ipoteca. La sentenza di nomina non fornisce che il titolo per assumere le funzioni di curatore; l'obbligo di render conto, la responsabilità amministrativa non comincierebbe in costui che dal giorno dell'accettazione; tuttavia Dalloz che è contrario cita alcune decisioni della Corte di Cassazione. Checchessia di questa controversia, la cui sede è nel titolo della ipoteca giudiziale, è certo che come *ipoteca legale* non sussiste, non essendo fondata in veruna legge.

§. CCCXLVII.

Del Tutore o Curatore al minore emancipato.

1. È istituzione ammodernata. Il padre poteva in antico emancipare eziandio gl'infanti (*a*); i moderni hanno determinata la età avanti la quale il figlio di famiglia non può uscire dalla soggezione paterna. E siccome l'emancipato può trovarsi ancora in condizione di minore, è difeso da un Tutore o Curatore non generale in tutte le sue funzioni civili, ma ad alcune soltanto, come alle alienazioni, ai contratti di mutuo, alle costituzioni d'ipoteca: la sua incapacità è quindi parziale a certi effetti.

2. La nomina del Curatore al minore emancipato è certamente fra le attribuzioni del Consiglio di famiglia (sistema francese) (*b*). È questa una situazione eccezionale, e *sui generis*, per molti rispetti. Il minore emancipato è pur sempre un minore, quindi non può essere totalmente abbandonato a se stesso. Difatti in tutte le

---

(*a*) Se l'emancipando aveva volontà, doveva prestare il suo consenso alla emancipazione. L. 5. Cod. de emancip. in fin. Nov. 89. C. 15.

(*b*) Non è che un argomento tratto dall'art. 480., ma il principio non è ben formulato nel codice francese, come osserva anche Delvincourt. 1. p. 307.

Digitized by Google

legislazioni moderne, eccetto l'austriaca (*a*), il minore emancipato è protetto da una rappresentanza, tanto positiva nella sua esistenza, quanto mal definita circa le persone (*b*). Nondimeno è indubitato che *la cura del minore emancipato* non produce ipoteca (*c*).

§. CCCXLVIII.

La ipoteca legale dei minori e interdetti non si estende ai beni del Tutore surrogato.

1. Il *protutore* dell'art. 278. del Codice Sardo non è altro che il Tutore surrogato dell'art. 420. del Codice francese, e 342. del siciliano. La funzione di quel *protutore o tutore surrogato* non differisce da quella del tutore ordinario se non per essere suppletoria non potendo esercitarsi se non in caso d'impedimento di lui (*d*). Ma sono ancora lontani dai *tutores honorarii* del diritto romano (*e*), quasi controllori dell'amministrazione pupillare; benchè privati d'ogni ingerenza amministrativa. Il tutore surrogato, quanto ai rapporti amministrativi, è un vero tutore come or ora si diceva; ma *quoad ordinem cede* al tutore primario, come il giudice supplente al titolare, benchè quando egli siede in atto di giudice, gode degli stessi attributi e della stessa giurisdizione.

(*a*) Il minore emancipato è padrone di se e può liberamente disporre delle cose sue §§. 174. a 252. del Cod. Univers.

(*b*) La cura del minore emancipato non è deferita dalla legge (francese) a veruna persona in particolare, ma la giurisprudenza ritiene — che il marito è curatore della moglie minorenne — che la cura dei figli emancipati appartiene di diritto ai genitori, e in preferenza al padre. Zaccheria Corso di dir. franc. §. 129. Vazzille — *matrimonio* 11. 349. Duranton. 11. 505. 111. 678. Blochel. §. 72.

(*c*) Parma — art. 303. Modena 143.

(*d*) In quanto l'interesse del minore si trovi in opposizione con quello del tutore primario.

(*e*) L. 3. §. 2. D. de adm. peric. tutor.

Digitized by Google

Ora si domanda se il tutore surrogato è colpito dalla ipoteca legale, come il tutore abituale.

Quel diritto di amministrare che il surrogato ha in certi casi, l'osservare che il minore resterebbe senza garanzia ipotecaria per le operazioni di codesto tutore supplementario, dà peso alla opinione del Persil (*a*), seguìta modernamente dal Chiesi (*b*), che eziandio a costui carico si possa iscrivere ipoteca per quanto riguarda i propri suoi fatti amministrativi, essendo massima indubitata che il tutore immediato e il surrogato non hanno vincolo di solidarietà, anche per il naturale contrasto delle loro funzioni.

2. Contuttociò bisogna seguire la sentenza di Grenier (*c*) e di Troplong (*d*). Anche quei legislatori prodighi d'ipoteche legali, sentirono in qualche momento che si era fatto abbastanza per la difesa degl'individui, che bisognava riflettere anche un poco ad altri interessi; che il Credito pubblico, imbarazzato da quella ricchezza ipotecaria, c'era per qualche cosa; che due garanzie contemporanee una sui beni del tutore immediato, e l'altra del surrogato erano troppe; che i cittadini stessi che si prestano alle funzioni gratuite della tutela, finirebbero col disgustarsi e farebbero ogni potere per deludere una legge incontentabile. Molto importa qui il ricordare, che tali, presso a poco, furono le considerazioni del Tribunato per le quali fu sviata la proposta del Consiglio di Stato che recò in mezzo quella opinione di estendere la ipoteca sui beni del tutore surrogato. Ciò mostra che la compilazione definitivamente adottata si penetrò dell'obbiezione; onde non può ritenersi che avesse voluto implicitamente comprendere nella ipoteca del tutore eziandio i beni del tutor surrogato, poichè dalla precedente e non ammessa redazione si vede chiaro che lo avrebbe espresso quando lo avesse voluto (*e*). Inoltre

---

(*a*) All'art. 2121. NN. 27. 28.

(*b*) Art. 613.

(*c*) N. 275.

(*d*) N. 422.

(*e*) Sarebbe persino inconcepibile la coesistenza delle due ipoteche. Ma si dice — il tutore surrogato non sarebbe colpito che pel tempo e

Digitized by Google

si è dovuto vedere che ben tenue rischio corre il minore per non avere ipoteca a carico del tutore surrogato che d'ordinario agisce pochissimo; che suol essere una persona solida, ed è sempre un uomo d'onore, altrimenti non sarebbe scelto; e che la tenerezza della legge verso la età più interessante poteva essere accusata di eccesso.

§. CCCXLIX.

Del Protutore. E dei gestori di fatto.

1. Nel sistema francese il protutore è vestito di una qualità determinata dalla legge. Esso sostiene alcune delle parti dell'amministrazione tutoria in luoghi ove il tutore non potrebbe esercitarla con vigore, perchè troppo lontani dal centro della sua amministrazione. Preposto a un ramo di quella, si aggira in una sfera sua propria (*a*), indipendente dal tutore abituale; ma non avendo nessuna autorità sulla persona del pupillo, in sostanza non è che un *curatore ad bona*.

2. In diritto romano, il *pro-tutore* non è un amministratore legittimo, ma un amministratore di fatto. *L'actio pro-tutelae* nacque dalla incertezza in cui versavano spesso quegli antichi sul conoscere se colui che esercitava gli affari del pupillo avesse o no veste legittima di tutore (*b*). Ordinamenti esterni poco precisi., difetto di cautele giudiciarie per accertare le persone dei tutori,

---

per le operazioni a cui ponesse mano. Ma come si farebbe? S'iscriverebbe una ipoteca generale dalla data della nomina o dall'accettazione, secondo la regola; oppure si prenderebbero tante iscrizioni quanti sarebbero i periodi delle parziali gestioni che si andassero indossando al tutore surrogato per incompatibilità del tutore primario?

(*a*) Destinato specialmente alla cura di quei beni che sono nelle colonie. Art. 417.

(*b*) . . . . . idcirco in utrumque casum actionem scripsit: *ut sive tutor sit, sive non sit, qui gessit, actione tamen teneretur*. L. 1. D. de eo qui pro tut. Voet ad Pand. Lib. 20. Tit. III. N. 12.

Digitized by Google

certi abusi che il tempo e una maggiore civiltà ha corretti, ponevano, come si vede, non rare volte la sorte dei pupilli in balìa di codesti *tutori di fatto!* specie di faccendieri che s'intromettevano volontieri nelle bisogne altrui; mentre d'altra parte il governo non avendo in mano il filo, incerto e dubitante di errore, lasciava fare (*a*). Codesti *pro-tutori* si saran visti più spesso mescolarsi nelle sostanze del pupillo che custodirne con amore e difenderne la persona; per cui parve onesto che questa razza anomala e indefinita dovesse e frenarsi, e quanto fosse possibile, assottigliarsi onde non moltiplicasse. A questo fine pareva tendere una disposizione particolare, per la quale il *pro-tutore* poteva provocarsi a render conto in qualunque tempo, anche durante l'amministrazione (*b*). Sembra ancora risultare da un frammento di Giavoleno (*c*) che la responsabilità del vero tutore, ossia di colui che ne possedeva l'autorità legittima e sapea di esser tale, fosse più estesa. La base però della moralità tutoria era la stessa nel vero che nel putativo o sedicente tutore (*d*). Merita osservazione il titolo del digesto che segue, e riguarda *il falso tutore*. Falso tutore è unicamente quello *che sa di non esserlo*. Noi non conosciamo bene questo editto del pretore (*e*) che Ulpiano, il quale ne trasmise alcuni frammenti (*f*), chiama monco di molte parti essenziali (*g*). Lo scopo era di portare un rimedio (la restitutio in integrum) agl'inconvenienti e ai danni che pativano i terzi

---

(*a*) . . . . quia plaerumque, *incertum est*, utrum quis tutor, an vero quasi tutor, pro tutore administraverit tutelam . . . . solent enim *magni errores intercedere ut discernere facile non possit* utrum quis tutor fuerit, et sic gesserit, an vero non fuerit, pro tutoris tamen munere functus sit. L. detta in princ.

(*b*) Cum curatore *et protutore*, etiam manente administratione, agi potest. L. 26. D. de administr. et peric. tut.

(*c*) L. 3. D. de eo qui pro tut.

(*d*) Qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem et diligentiam praestabit, quam tutor praestaret. L. 4. D. eod.

(*e*) *Quod falso tutore auctore gestum esse dicetur.*

(*f*) Lib. XII. ad edictum sulle traccie di Pomponio Lib. XXX.

(*g*) . . . . verbis edicti multa desunt . . . . L. 1.

Digitized by Google

per aver contratto con un falso tutore. Ma questa e altre investigazioni sulla posizione di codesti tutori, sono estranee al nostro soggetto. Basta soltanto stabilire che, quantunque i rapporti fra il pro-tutore e il pupillo fossero illegittimi, la legge ebbe in vista il maggior vantaggio di costui considerando il pro-tutore come il tutor vero a tutti gli effetti della indennità pupillare.

3. Questo modo di vedere si è cangiato affatto col nuovo sistema. A due cause di vero ed effettivo miglioramento bisogna attribuire la mutazione.

La prima è la migliore sistemazione del meccanismo amministrativo e giuridico; la seconda una migliore sistemazione del Credito.

Quei dubbi e quegli *errori* che difficilmente si discernono, e che fecero esitante il pretore sulla cognizione dei veri e dei pseudo-tutori, (N. 2.) farebbero vergogna ai moderni che riconoscono le persone dei tutori e le loro amministrazioni legittime dagli atti formali e solenni a cui sono soggetti. Dei tutori intrusi ce ne possono essere anche oggidì e ce ne saranno, ma il loro regno non può esser che breve, la loro finzione non può ingannare, perchè troppi sono i lumi accesi per vedere l'inganno.

Il concetto ipotecario prepondera sempre troppo dal lato dell'individuo presso l'antichità, e fu troppo leggero, riscontrato coll'interesse pubblico. Se guardi l'interesse del pupillo, niun dubbio che il moltiplicare le ipoteche a favor suo gli torni utile. Le leggi moderne che definiscono assai meglio la posizione del tutore, restringono nello stesso tempo la ipoteca del pupillo nei giusti suoi limiti. Essa non può riputarsi efficace che sui beni del tutore legittimo. Fa stupore che Troplong annunci questa massima di Grenier (*a*) come un errore (*b*).

4. Per ragione giuridica è eccellente quella che dice: la legge essere scritta così, e non doversi allargar mai la interpretazione per far sorgere, o creare, ipoteche nuove. Obbiettivamente è assurda la moltiplicazione di tante ipoteche quanti sono i cerretani

---

(*a*) N. 27.

(*b*) Troplong. N. 421.

Digitized by Google

mascherati da tutore, che nessuno può dire quanti saranno. Chi dovrebbe iscriverle: ufficio che ordinariamente è commesso agli stessi tutori? Quali magistrati dovrebbero supplire alla mancanza di tutori ignorati? Su quai beni, contro quali persone si dovrebbero assumere dai congiunti e dagl'interessati, su quale appoggio? In qual tempo si farebbe la iscrizione se l'arbitrio non ha legge, e non può mai sapersi quando cominci e dove finisca? Non basta il dire « che quantunque (il pro-tutore) non abbia la qualità di tutore, ne fa nondimeno le funzioni, n'esercita la vigilanza, ne accetta le responsibilità, e si sottopone a tutte le sue obbligazioni » (Troplong). Dovrà render conto, rifare i danni, e talvolta rispondere in giudizio criminale, ne conveniamo; ragione ottima per aggravare la responsabilità personale dell'arbitrario tutore; inutile per creare una ipoteca che non esiste nei nostri codici (*a*).

5. Il benemerito commentatore del Codice Sardo (*b*) tiene la opinione del Troplong, da me contraddetta; l'avviso dell'Avv. Pastore sarebbe forse giustificato dalla sua legislazione?

Ricorda le tradizioni del Fabro, ingegno audace e grande, già presidente del celebre Senato, di cui giustamente il nobile suolo piemontese si vanta. E il Fabro, correggendo con ipoteca le vie arbitrarie del pro-tutore, si manteneva nel più stretto rapporto col diritto romano. Per le ragioni esposte sopra N. 3. la condizione giuridica è, come a dire, rovesciata; è sparito dalla ipoteca l'elemento arbitrario che nel sistema antico la disperse per campi infiniti, e lasciò dubbio se fosse più vana e bizzarra o più imbarazzante e tiranna; la ipoteca ha acquistato fermamente il suo carattere di diritto d'ordine pubblico; la sua formula è inalterabile come una formula matematica. Essa è la legalità; pura come una idea; impassibile come un termine divisorio; e com'esso, immutabile. Osservata la quistione ipotecaria secondo i suoi principî, essa non può nascere che da certi rapporti stabiliti; la

---

(*a*) Persil N. 35. Eustr. pag. 129. Qu. 30. Chiesi N. 611. seguon l'opinione di Grenier.

(*b*) Nota 2. all'artic. 2174.

Digitized by Google

ipoteca legale del tutore ha per termine legittimo da un lato l'autorità e la ragione tutoria; dall'altro la soggezione e la dipendenza pupillare. Alcuno dice *che la legge non distingue;* non è vero; la legge distingue troppo bene il tutore da quelli che non lo sono, come le spose nominando le distinse senz'altro dalle concubine. Indarno si ha rifugio all'art. 253. del Codice (*a*). *La madre tutrice di diritto* è soggetta alla ipoteca legale; qual maraviglia s'essa *continua* in questa obbligazione fintantochè non abbia reso il conto, e deposto regolarmente l'ufficio suo? Prudentemente la legge ha messo alla stessa croce il secondo marito che si suppone causa o fomento dell'illegittimo procedere della vedova, quasi dimentica dei primi affetti. Ma a che polemiche oziose? La differenza va fra l'aver detto e l'aver taciuto. Qui la legge estende nominatamente la ipoteca ai beni del patrigno (*b*); non come tutore di fatto perchè l'ufficio di tutore era e continua, *quoad obligationes*, ad essere nella madre, ma per le particolari relazioni create dal secondo coniugio (*c*).

§. CCCL.

Se il figlio minore abbia ipoteca sui beni del padre amministratore dei suoi beni avventizî.
Varie opinioni dei giuristi francesi.

1. È opinione molto accreditata in Francia, che al figlio minore non competa la ipoteca legale sui beni del padre che amministra i suoi avventizî. Grenier, quella candida coscienza d'uomo, quel modesto scienziato, che affaticò i passi in un cammino

---

(*a*) Quell'articolo del Codice Sardo dice che il marito è solidalmente responsabile della tutela della madre indebitamente conservata dopo il passaggio a seconde nozze.

(*b*) Di cui si farà discorso nel Capitolo II. di questo Titolo.

(*c*) Il Giovanardi Discors. XII. §§. 4. 5. 6. non professa questa opinione. Io ricordo ancora il §. 134. del regolamento pontificio, che mostra all'evidenza di quali amministratori parli il §. 117. N. 3.

Digitized by Google

quasi intentato al tempo suo, professò, ma non senza dubbî ed esitanze, quella opinione, tratto principalmente dall' osservare che l' art. 389. non fece uso della parola *Tutore*. E ne dedusse che non c' è Tutela, finchè il padre vive, e dura il matrimonio, ma ch' essa comincia a matrimonio sciolto, sia superstite il padre medesimo ovvero la madre. Una sentenza della corte di cassazione venne opportuna a confortarlo nelle sue dubbiezze (*a*). Essa portava in sussidio del motivo materiale trovato dal Grenier, un altro dell' ordine morale, la ragione del legislatore: la fiducia che la legge pone nell' interesse e nell' amore paterno.

2. Berlier vide *nel protettorato naturale dei genitori viventi* la ragione sufficiente che dispensava il padre dalla ipoteca durante il matrimonio. Troplong (*b*) si associa al riflesso di Berlier, la cui autorità è di gran peso, avendo esercitato l' ufficio di oratore del tribunato, ed assistito alle discussioni preparatorie del Codice. Troplong conferma un altro motivo del Grenier, osservando egli pure, che la legge non pensò di aggiungere al padre amministrante *il tutore surrogato*, complemento indispensabile del concetto *tutore*, giusta il sistema francese; e istrumento necessario nei processi di purgazione, attesa la notificazione che dev' essergli fatta (*c*). Ricorda inoltre la L. 6. C. de bon. quae lib. nella quale costituzione l' imperadore condanna come audace e temeraria la pretensione dei figli di famiglia d' ipotecare i beni del padre per causa del loro peculio avventizio. E sembra aver molta fede in questa ragione.

3. Leclerq (*d*) è pure di questo avviso. *Fermo che* la ipoteca comincia dopo il matrimonio quando s' instaura la tutela del coniuge superstite ne trova la ragione nei pericoli delle seconde nozze. Inoltre è necessario dare alla ipoteca un' epoca determinata.

(*a*) NN. 277. 279.
(*b*) N. 424.
(*c*) Art. 2194. 2195.
(*d*) T. VII. p. 264.

Digitized by Google

La preponderanza numerica di questa opinione è assicurata dal concorso di molti altri autori e da una serie di decisioni abbastanza conformi (*a*).

4. Parla in contrario il Dalloz (*b*). Sostiene *che il padre è un vero Tutore*, e come tale vuol essere considerato eziandio a tutti gli effetti ipotecarî. Quali sono gli argomenti che ci vengono opposti, egli dice con un calore d'eloquenza che raro s'incontra, ed è pianta esotica, su questo aspro e nudo ciglione di una trattazione ipotecaria? Che le ipoteche legali, e quelle soprattutto che sono esenti da iscrizione, non devono estendersi oltre i casi prescritti; che l'art. 2121. non accorda ipoteca ai minori eccettochè sui beni del tutore; e che il padre non è che l'amministratore legale dei beni dei figli. Sofismi! Vero abuso di parole! Che è mai un tutore? Colui che è preposto alla difesa della persona del minore, e all'amministrazione dei beni. Qual è la causa efficiente della ipoteca legale del minore sugl'immobili del suo tutore? L'amministrazione dei beni. Chi durante il matrimonio ha in custodia la persona del minore? Il padre. Chi l'amministrazione de' suoi beni personali? Il padre. Se dunque non siete più delle parole solleciti che delle cose, sarete convinti che il padre, con qual nome vogliate chiamarlo, è un vero tutore: anzi la tutela non è che una smorta imagine della podestà paterna. La tutela tenta supplire al vuoto immenso che lasciò natura perchè l'orfano non sia deserto di difesa; la legge s'ingegna di restituirgli un padre (*c*). Così Dalloz.

Egli è inoltre l'autore dell'osservazione che gli articoli in quistione *sono inserti nel titolo della Tutela.*

5. Persil non dissimula che vi ha qualche difficoltà a fissare la data da cui comincia la ipoteca a carico del padre (ch'egli pone quasi come cosa indisputata) ma crede di poter dire, *dal*

(*a*) Delvincour — Duranton — Zacheria — Ernst — Maguin — N. 1280. 1281. 1282. Decis. dei Trib. di Lion. Bruxell. Liege. Potiers ecc. V. Iour. Belg. Raccolta di Dalloz XXX.

(*b*) Chap. 11. Sect. 11. art. 2. N. 40.

(*c*) Dalloz Ch. 11. Sect. 2. art. 2. N. 40.

Digitized by Google

momento dell' acquisto della proprietà (avventizia): perchè allora solo comincia la responsabilità del padre (*a*).

6. Carrier e Battur, considerando che *ai genitori appartiene la tutela di pieno diritto;* che la tutela, dopo la morte dell' uno e dell' altro, non è che una continuazione nella persona del superstite; che l' aggiunta del tutore surrogato non è che una cautela di più, nell' interesse dei figli, atteso il cangiamento di stato verificatosi, concludono — *che al peso della ipoteca sottostanno eziandio il padre e la madre tutori di diritto dei loro figli.*

§. CCCLI.

Opinioni dei giuristi italiani. Chiesi. Giovanardi.

1. La quistione presenta realmente delle difficoltà che sembrano insolubili. Il Chiesi propone un nuovo metodo, segregandosi da ogni altra sentenza, e da quella che assolve il padre amministratore dal debito di prestare ipoteca, durante il matrimonio; e da quella che lo vuol soggetto a quel giogo sino dal primo istante della sua amministrazione. Tutti i giuristi francesi van d' accordo nel dire che, dopo il matrimonio, comincia indubitatamente la tutela, e la ipoteca a carico del padre o della madre superstite. Il nostro Chiesi non accetta nè la conclusione nè i motivi.

Ecco com' egli ragiona (*b*). Si reca di primo tratto ad affrontare Troplong, quasi il campione più forte. Gli toglie di mano quegli argomenti ch' egli si pensava avere solidamente fondati nel diritto romano; e, si può dirè, lo disarma. Il celebre glossografo credeva proprio di aver ragione perchè una legge romana gli dava ragione *(avec les quelles, il est rare n' avoir pas raison);* ma il nostro Chiesi gli fa sentire all' orecchio che quel §. 2. della 6. C. de bon. quae liber. non sta per lui. I beni avventizî per l' amministrazione dei quali Giustiniano negò severamente ai figli

(*a*) Reg. hypot. art. 2121.
(*b*) Sist. ipot. N. 610.

Digitized by Google

qualunque pretensione ipotecaria *sono quelli che il padre per diritto di patria podestà gode in usufrutto* — I quali beni sono amministrati dal padre *come usufruttuario, non come tutore dei figli.* Privando i padri del diritto della proprietà del peculio avventizio, che loro concedeva la legge antica, e volendoli contenti al solo usufrutto, l'imperadore non li gravò d'ipoteca, *perchè la ipoteca grava il tutore, rispetto a suoi amministrati, non l'usufruttuario rispetto al proprietario:* diversità di rapporti giuridici evidentissima. Anzi, per quanto riguarda in ispecialità il padre usufruttuario, Giustiniano lo esonerò dalla cauzione consueta a tutti gli usufruttuarî (*a*). Messo adunque dall'un dei lati l'argomento del francese, il Chiesi discorre in questo modo. Due specie di beni può avere sotto amministrazione il padre durante il matrimonio; quelli sui quali egli ha il legale usufrutto (art. 384.); e quelli che non soggiacciono al suo usufrutto; sia perchè acquistati dal figlio con particolare sua industria e lavoro, sia perchè ad esso lasciati colla espressa proibizione che il padre e la madre non abbiano a goderne. È di legge che, per quanto concerne questa seconda specie di beni amministrati, il padre deve render conto e della proprietà e della rendita, come della sola proprietà di quelli di cui ha l'usufrutto.

Ora dei primi ragionando, mostra l'illustre italiano, *che i figli non possono aver, rapporto al padre, maggiori diritti di quelli che il codice Napoleone accorda al proprietario contro l'usufruttuario.* E poichè il codice *non accorda verun diritto d'ipoteca legale al proprietario sui beni particolari dell'usufruttuario, così nessun diritto di legale ipoteca potrebbe accordarsi ai figli minori sui beni paterni per garanzia della restituzione dei beni dati dalla legge al padre in usufrutto durante il matrimonio.* E questa è la ragione per cui è negata la ipoteca ai figli sui beni amministrati dal padre e da lui goduti con titolo d'usufrutto legale.

Rispetto ai beni sui quali il padre non ha il legale usufrutto, ed è perciò tenuto a render conto e della proprietà e delle rendite,

---

(*a*) L. 4. C. de bon. quae liber. legge ripetuta a favore del padre e della madre anche nei moderni codici.

Digitized by Google

il Chiesi reputa sottigliezza il distinguer che fanno i francesi tra *amministratore e tutore*. Tutore non è alla fine che un amministratore: la tutela si amministra. Viene allo scopo, o alla ragione dell'art. 2121., e dice ch'esso è: *di assicurare con una ipoteca legale sui beni dei tutori i diritti e i crediti dei minori, il cui patrimonio è nell'interesse solo di essi minori amministrato dagli stessi tutori*. Ora, rapporto all'interesse del minore che la legge intende di tutelare colla ipoteca, è indifferente che esso *sia sotto la patria podestà o emancipato rapporto ai beni sui quali la legge neqa al padre il legale usufrutto*. Può ragionevolmente paragonarsi questa situazione del padre che amministra i beni di cui non ha l'usufrutto, a quella del padre che amministra i beni del figlio emancipato, al quale, per sentenza del Brunemanno, è accordato il gius d'ipoteca sui beni paterni. Nell'uno e nell'altro caso il padre amministra *ut tutor*, non come padre. E la qualità di padre non lo differenzia punto, e non gli dà vantaggio, sopra gli altri tutori.

Prova la insufficienza del principale motivo dedotto dalla decisione della Corte di Cassazione, che rese così lieto l'animo dubitante del buon Grenier; ossia la confidenza che la legge pone nel carattere paterno. Ma con un dilemma lo risolve. O volete, egli dice, che codesta fiducia riposi *nel gius di patria podestà di cui è rivestito durante il matrimonio*; oppure *nella qualità di padre*. Nel primo caso io vi dimostro che *la patria potestà tace rapporto ai beni sui quali è negato al padre il gius d'usufrutto*. Se poi la vostra fede è nella *qualità di padre*, perchè cessa col cessare del matrimonio, se la qualità di padre continua ancora? (*a*).

2. Il Giovanardi sente con Dalloz e Persil, e giudica che il padre indistintamente e in ogni tempo della sua amministrazione deve portar sulle spalle la croce della ipoteca. Egli mette in fermo che tutela c'è *anche dove il padre amministra durante il matrimonio*; che non bisogna argomentare dal diritto romano che regolava

---

(*a*) Quanto all'altro motivo della decisione, che cioè mancava il tutore surrogato a cui notificava il deposito eseguito a forma dell'art. 2194. risponde che basterà farne notifica al R. Procuratore.

Digitized by Google

il sistema della patria potestà sopr' altre basi; che difatti havvi una sezione nel vasto titolo della Tutela, che si appella — *della tutela del padre e della madre;* che col dire, allo scioglimento del matrimonio *la tutela appartiene al superstite*, la legge mostrò chiaro che già in amendue preesisteva (*a*).

Oh come questa discordia fra sì chiari intelletti accusa la legge di oscurità e d' inesattezza! Ma i nostri codici, alla francese, hanno forse sentita la difficoltà, evitato il difetto, colla più moderna loro compilazione? Alcuni; non tutti; e la questione non cessa di essere al sommo interessante.

§. CCCLII.

Dei principî stabiliti dal diritto comune, circa la ipoteca tacita dei figli di famiglia sui beni del padre amministratore del loro peculio avventizio.

1. La celebre costituzione dell' imperadore Costantino *L.* 20. *C. de adm. tut.* impose a tutti i tutori e curatori il vincolo della ipoteca a favore dei minori, ma il padre non fu compreso fra quelli. Non ci poteva essere, perchè come dissi (§. CCCXL.) nel gius romano, la tutela è la negazione della patria potestà.

2. La distinzione dei peculî ebbe il merito di semplificare assai il materiale dell' amministrazione dei figli di famiglia; il profettizio e il castrense o quasi castrense per due ragioni opposte uscirono, come a dire, dal calcolo. Il profettizio non era che una emanazione della persona del padre: specie di panteismo di famiglia in cui tutto rientra in se stesso; il castrense o quasi castrense, affatto eccentrico, è in potere assoluto del figlio. Solo il peculio avventizio fu di diritto amministrato dal padre senza che la proprietà gli appartenesse, e talvolta neppure il frutto.

È nota la vicenda che subì questo diritto. Costantino cominciò dal togliere al dominio del padre i beni che ai figli provenivano

---

(*a*) Dissertaz. XII. §. 11. 12.

Digitized by Google

dalla madre, lasciandogli il solo usufrutto formale (*a*). Arcadio estese la disposizione negativa ai beni derivati dalla gente materna (*b*). Di passo in passo ebbero la stessa sorte, sotto Teodorio, i lucri nuziali (*c*); i lucri sponsalizî, sotto Leone (*d*), finchè Giustiniano indistintamente francheggiò tutti i beni avventizî dal dominio del padre, salvo sempre l'usufrutto: lento progresso, e modificazione profonda della identità paterna. Anche il diritto di usufrutto ebbe le sue limitazioni, e in molti casi il padre ne fu privato. L'amministrazione restò al padre (*e*). Ispirati da quella grande idea che gli antichi ebbero della dignità paterna, alcuni teorici di prim'ordine si persuasero che il padre, in qualunque caso, fosse o no usufruttuario, dovesse andar distinto dal volgo degli amministratori soggetti a cauzione ed ipoteca (*f*). Ma vedremo ben tosto che questo altero senso giuridico, per così chiamarlo, venne temperato nella espressione pratica.

3. In un passo della *L.* 6. *C. de bon. quaè lib.* questa idea è fortemente scolpita (*g*); ma sanno i giuristi, anche mezzanamente instrutti, che un altro passo di quella costituzione, che parve oppugnante, sparse gravissimi dubbî, e risvegliò opinioni contraddittorie, come suole avvenire nel vario atteggiarsi degli umani intelletti. Anche il Cujacio, che or ora ho citato, vi portò la fiaccola della sua interpretazione; ed è tal uomo con cui si può anche errare senza vergogna. Secondo lui il §. *ultimo* della legge non parla che di quei beni che il padre ha lucrati dalla moglie, e che si devono conservare ai figli del primo matrimonio,

---

(*a*) L. 1. C. de bon. quae lib.

(*b*) L. 2. eod.

(*c*) L. 1. eod.

(*d*) L. 5. eod. Cujac.

(*e*) *Exemplo tutorum* — dice notabilmente il Cujacio alla L. 6. C. de bon. quae lib.

(*f*) At nomine administrationis bonorum adventitiorum, quam habet pater in bonis ejus, filius *non habet tacitam hypotecam, tacitum pignus.* Cujac. ad d. L.

(*g*) §. 2. non autem.

Digitized by Google

passando a seconde nozze. I quali beni sono tacitamente a favor suo ipotecati a questa condizione. A favore di questa opinione tanto autorevole, è da osservarsi che Giustiniano non introdusse in quel brano di legge un *gius novum*, ma rammentò e tenne fermo l'antico; diritto che quindi bisogna trovare nelle leggi precedenti e non in quella costituzione (*a*); e così sembra evitarsi ogni antinomìa.

4. Sono noti gl'infelici sforzi della glossa (*b*) che non ebbe il plauso della giurisprudenza la quale sembrò invece gettarsi sopr'altro terreno. La ipoteca fu creduta nascere nel solo caso di una *amministrazione fraudolenta e dolosa*, non bastando neppure la negligenza; e avverti che questa teoria, che si diffuse largamente nel foro (*c*) riguarda *i beni avventizî di cui il padre gode l'usufrutto legale*. Rapporto poi ai beni avventizî *di cui il padre non gode l'usufrutto*, e non ha la qualità di amministratore legittimo, *è soggetto alla ipoteca, che comincia dal giorno dell'amministrazione* (*d*).

5. Con questa giurisprudenza siamo vissuti fino al comparire del nuovo sistema ipotecario che ha recato in questa parte pochissima luce sulle quistioni antiche, le quali ben possono ancora rinnovarsi; e che noi tentiamo conciliare in poche parole. Ho accennate le interpretazioni che dà il sommo Cujacio al §. ultimo della L. 6. Cod. de bon. quae lib.: ma bisogna anche dire che quella giurisprudenza cominciata da Bartolo e Baldo, e discesa fino a noi, potrebbe giustificarsi con molte ragioni che non mi è permesso di svolgere, non riguardando strettamente il mio

---

(*a*) V. L. d. in fin.

(*b*) In d. §. 1. V. non autem.

(*c*) Bart. et Bald. ad §. sed cum tacita Cod. de bon. quae lib. Soc. sen. cons. 34. N. 16. 17. Costantino ad Statut. Urb. Ann. 30. Art. III. N. 359. Negus. de pign. P. 2. Mem. 4. N. 13. Merlin. de pig. et hyp. Qu. 17. N. 4.

(*d*) Negus. loc. c. N. 16. 17. Merlin. Qu. 87. d. N. Dottrina che è anche del Rebuffi, del Pacifico de Salv. inter. Insp. 3. c. 4. N. 506. — Della Rota cor. Seraph. Decis. 78.

Digitized by Google

soggetto. Ad ogni modo, essa è di una uniformità e di una costanza che difficilmente potrebbe rifiutarsi, o per contrarie considerazioni disperdersi. Non sarebbe forse in contraddizione colla dottrina del Cujacio, qualora questa giurisprudenza, che può chiamarsi pratica e forense, non escludesse la interpretazione dello stesso Cujacio (N. 3. sopra) e si appoggiasse non tanto al detto §. ultimo quanto a norme razionali desunte dai principî generali del diritto? In una parola il padre, *non privilegiato dell' usufrutto, non disobbligato dal rendiconto*, fu reputato un amministratore ordinario, salvo il diritto prelativo di amministrare come sola prova di fiducia riserbatagli dalla legge (*a*). Se questa dottrina non fosse conciliabile con quella di Cujacio, essa certamente vi prevalse, e fu comunemente abbracciata.

§. CCCLIII.

La dottrina esposta nel precedente §. più facilmente si applica al sistema francese attese le modificazioni adottate sulle nozioni primitive di patria podestà e di tutela.

1. Quella nozione giuridica era stata accettata dal consenso universale in confronto dei rigori del romano diritto; molto più agevolmente dovrebbe introdursi nel diritto francese dove la paterna podestà ha assunto un carattere assai diverso sotto gl' influssi della civiltà nuova. La *personalità civica del figlio* è emersa totalmente dalla confusione e dall' assorbimento della persona

---

(*a*) Ancora il Castillo de usufr. Cap. III. N. 107. Lib. 1. Pater non tenetur satisdare, nec inventarium conficere, nec administrationis rationem reddere, quando pater bona filii *tamquam pater, et legitimus administrator ratione patriae potestatis administrat; secus tamen dicendum erit*, cum pater administrat bona filii emancipati, aut filii in potestate, *quorum usuumfructum non habet*, tunc enim tenetur filio rationem reddere, *cavere, ac alia onera subire, prout quilibet alius administrator*. — Dottrina che è pure dell' Aretino, del Castrense, del Cravetta, del Decio, del Rolando, del Parisius, del Cefalo, del Pinello ecc.

Digitized by Google

paterna: il padre è sempre collocato principe e signore nel seggio di famiglia, riscuote obbedienza ed omaggio, esercita una giurisdizione morale e talvolta fisica e correzionale sul figlio; è il capo e il direttore della sua economia, ma ha cessato d'essere *una et eadem persona*, e una sostanza civilmente indivisibile. Gli antichi non immaginarono tampoco la patria potestà della madre: il codice francese le accorda la stessa superiorità di diritto, le stesse distinzioni, le medesime facoltà giurisdizionali e civili (*a*); e persino il gius di emancipare, il che suppone la comunicazione della patria podestà (*b*). Tutte le nozioni di patria podestà e di emancipazione sono rivolte dacchè persino i consigli di famiglia possono emancipare (*c*); e indarno vi cerchiamo il senso profondo che dominò nel sistema costituzionale dei romani, e quei rapporti intimi ed arcani che collegava il re della famiglia alle sue generazioni immediate. Anche le ragioni della Tutela dovevano esserne scosse. La tutela non si esercitava che sul cittadino libero, la patria podestà manifestata nella soggezione figliale non era che una attività aggirantesi intorno a se stessa, o al più una irradiazione della stessa sostanza. Quindi ripugnava nel padre la tutela; ora le nozioni di paternità e di tutela si conciliano, considerata la tutela semplicemente come la custodia della persona del minore e la direzione e amministrazione de' suoi beni (art. 450. codic. frances.). Dell'accordo di queste due idee è argomento invincibile quella leggenda del Cap. II. art. X. — *Della tutela del padre e della madre* — che dice apertamente come padre e madre sono insieme i tutori dei loro figliuoli. Vero è che nella gerarchìa dei tutori il padre occupa il primo luogo, come il secondo la madre; il che si conviene mirabilmente agli ordini di natura seguendo i quali non può il legislatore ingannarsi ed errare.

(*a*) Art. 381. 383. 384.

(*b*) Art. 477. Cod. di Sicilia. — Tit. IX. e X. Il codice di Parma è anche più esplicito. « Amendue i genitori hanno la patria podestà *naturale* sui loro figli, dai quali perciò devono essere ubbiditi ed onorati ». — Art. 82.

(*c*) Art. 478. del Cod. francese.

Digitized by Google

2. Che se non si avessero nella legge francese altri documenti per inferirne che il padre non deve prestare ipoteca ai figli da lui amministrati, per verità si dovrebbe tenere la dottrina del Dalloz e degli altri (*a*) che vogliono soggetto il padre alla ipoteca tutoria senza distinzione alcuna di tempo, durante cioè il matrimonio o dopo la cessazione di esso (*b*). Difatti tutto dice che il padre è il primo dei tutori, il tutore precipuo, ma pur sempre un tutore. Nel Cap. II. Tit. X. dopo quell'annunzio — *della tutela del padre e della madre* — il che appalesa come l'uno e l'altro siano o possono essere tutori, si comincia da questa regola — *che il padre durante il matrimonio è l'amministratore dei beni dei suoi figli minori.* — E ciò non significa altra cosa fuorchè il padre — *è preferito alla madre stessa nel diritto d'amministrare.* — E quando nel 390. si aggiunge, che *dopo lo scioglimento del matrimonio per la morte naturale o civile di uno dei coniugi, la tutela dei figli minori e non emancipati appartiene ipso jure al genitore superstite,* è manifesto che la qualità abituale di tutori era da amendue posseduta *jure naturae;* e quell'articolo non fa che regolare la forma dell'esercizio, e anteporre anche una volta il genitore superstite ad ogni altro tutore legittimo o dativo. Ma che la ipoteca dovesse nascere dopo il matrimonio e non prima, e che il *verbusculum amministratore,* in luogo di tutore, applicato al padre, dovesse avere sì decisiva significazione da variare, in parità di causa, uno dei rapporti sostanzialissimi della tutela, non s'intende, e reca all'animo la più alta maraviglia che un Grenier, un Troplong, e altri siffatti, e i tribunali autorevoli del Rodano e della Senna, in quest'arena fondassero teorie lungamente vissute. Il senno italiano ne rifuggì; e piace il vedere che i nostri autori ipotecarî recenti (*c*) (giacchè non possiamo vantare in questa materia armi gentilizie e nobiltà antica) abbiano alzata la voce contro quelle povere dottrine. Ho detto che se il

---

(*a*) §§. CCCLI. CCCLII.

(*b*) V. però il seguente §. CCCLIV.

(*c*) Agg. Art. 601. Cod. Sicil. 526. Parma art. 454. Modena. . . . .

Digitized by Google

Codice non presentasse verun'altra regola per indurne l'esonerazione della ipoteca, il padre amministratore dovrebbe soggiacervi come ogni altro; ma il Chiesi ci additava che la limitazione esiste.

3. Il padre e la madre han l'usufrutto legale sui beni dei figli; ma, come il venditore o donatore, che si è riservato l'usufrutto, sono dispensati da qualsivoglia cauzione. I genitori adunque se sono colpiti dalla legge generale che obbliga tutti i tutori a prestare ipoteca, sono poi assoluti da ogni cauzione in virtù di un'altra legge che li riguarda come usufruttuarî privilegiati; ben inteso, quando lo siano. In qualità adunque di usufruttuarî legittimi respingono l'applicazione della cauzione ipotecaria dei tutori che non ha altro scopo che di serbare incolume la proprietà dei beni dei figli, e i crediti delle rendite. È lo stesso che stabilire questo teorema — *Il padre e la madre devono prestare ipoteca, come ogni altro tutore, a favore dei proprî figli di cui amministrano i beni, colla eccezione però di non doverla prestare rapporto a quei beni stabili di cui godono l'usufrutto legale.* Con che risorge la nostra dottrina pratica che traeva le stesse conseguenze dalle regole del romano diritto (*a*).

§. CCCLIV.

Ragioni per cui la ipoteca tutoria deve iscriversi a carico del genitore amministrante, malgrado la verità delle suddette distinzioni. FRANCIA. NAPOLI. PARMA.

1. Alle dottrine, riabilitate dall'illustre scrittore, aggiungeremo una considerazione importante senza cui si potrebbe cadere in errore gravissimo. Il patrimonio di un minore può costare insieme di beni ritenuti dai genitori con ragione di usufrutto legale e di beni di cui essi non abbiano l'usufrutto. Può avvenire che

(*a*) §. CCCLIII. È chiaro però che in diritto francese ciò che dicesi del padre si estende alla madre; e prima e dopo il matrimonio e finchè dura l'usufrutto.

Digitized by Google

non esistendo actualiter, al tempo dell'inventario, beni immuni dall'usufrutto paterno, se ne acquistino col progresso di tempo. Quid juris rapporto alla ipoteca? Abbiamo detto bensì che rapporto ai primi non si dà cauzione, per conseguenza il padre o la madre non devono risponderne, che personalmente, ai loro figli; ma la ipoteca dell'amministratore minorile *non è forse la garanzìa dei pericoli futuri, anche relativamente ai beni acquirendi e futuri?*

2. Più. La iscrizione della ipoteca amministratoria non ha bisogno di annunciar somma come si dirà a suo luogo. Se si trattasse di dover annunciar la somma nella iscrizione, i genitori potrebbero avere questo vantaggio, che non vi porterebbero che quei soli valori che si devono guarentire, ommessi quindi i beni di cui godono l'usufrutto. Ma non è così. La iscrizione è illimitata di somme, e generale nella sua estensione; come adunque si potrebbe esimere il padre amministratore dal prendere ipoteca, allegando che ci sono dei beni nel patrimonio per la cui amministrazione non deve dar cauzione alcuna? E non potrebbero venire in patrimonio tali beni o capitali, nel corso dell'amministrazione? O forse aspetteremo che si presentino codesti beni, ed entrino realmente nel patrimonio? No: giacchè non è dubbio che la responsabilità ipotecaria, se esiste, comincia dall'atto dell'accettazione.

3. Eccoci adunque ad una teoria che è da reputarsi verissima in diritto, poichè dove il padre, *tamquam pater*, amministra e usufruisce i beni dei figli, non è colpito da ipoteca; *ma il mecanismo iscrizionale non potendo distinguere beni e valori, prestandosi come garanzia di futuri pericoli*, rende inevitabile la iscrizione posto il principio che (nel diritto francese) i genitori amministranti sono veri tutori, benchè la loro responsabilità reale sia maggiore o minore secondo la natura dei beni da essi amministrati. La quale avvertenza vale per le uniformi legislazioni di Francia, Napoli e Parma.

Digitized by Google

§. CCCLV.

La ipoteca legale a favore del figlio di famiglia, minore, colpisce i beni del padre o altro ascendente, senza distinzione alcuna, giusta il CODICE SARDO ED ESTENSE.

Il Codice Sardo, accordando in massima al padre l'usufrutto sui beni avventizî dei figli, gli ordina di render conto della proprietà e frutti quanto ai beni di cui n'è privo (art. 217. 228. 229.) ma la legge che colpisce espressamente d'ipoteca il padre, ed ogni altro ascendente, risale all'editto del 1822. art. 21. La legge parla di quel figlio che è *soggetto alla paterna potestà* per distinguerlo dall'emancipato che non ha ipoteca (*a*), quantunque nell'atto dell'emancipazione il padre si ritenesse il legale usufrutto. Modena ha riprodotto quella disposizione nel 2168.

§. CCCLVI.

Nel sistema PONTIFICIO, e nel TOSCANO, il padre amministratore dei beni avventizî dei figli non è soggetto ad ipoteca.

1. Dopo il fin qui detto, ci sarà domandato conto di questa conclusione rapporto alle due legislazioni accennate laddove rapporto alle altre abbiamo tenuto diversamente. Non parliamo di quella di Sardegna e Modena che percuote nominatamente il padre *o altro ascendente*, in cui la lettera non lascia luogo a dubitare. Rispetto alla legislazione francese, sicula, e parmense, si è veduto che i genitori vestono la qualità di tutori; che se per la legge che governa il loro usufrutto legale sono assoluti da ogni cauzione per quei beni ch'essi ritengono con questo diritto, non vi ha ragione alcuna di differenziarli dagli altri tutori per quei beni sui quali non hanno usufrutto. A Roma e in Toscana *la*

(*a*) Pastore all'art. 2172.

Digitized by Google

patria podestà, conservata e intesa colle norme del diritto romano, esclude la qualità personale di tutore nel padre: le nozioni di padre e di tutore rimangono fra noi ancora distinte, laddove nel sistema francese si confusero, e ciascuna di queste idee perdette il suo carattere d'origine. Così, riguardo a questo sistema, la legge che colpisce il tutore può colpire senza incompatibilità logica anche il padre amministrante; non così in quello. Anche in Toscana, come nel Pontificio, la patria podestà continua di diritto dopo sciolto il matrimonio; e aggiungerò colle parole dell'egregio commentatore (*a*). « Sotto la nuova legge toscana non può più dirsi che il padre eserciti la sua prerogativa nella costanza di matrimonio con la sorveglianza della moglie, come poteva dirsi aver ritenuto il codice civile giovandosi delle consuetudini o statuti di alcune parti della Francia. La prerogativa paterna sotto la legge toscana, continua (*b*).

2. Secondo lo stesso influsso della legge romana conviene ancora tener questa sentenza — *che il tutore dato nel testamento del padre o dell'avo agl'impuberi soggetti alla loro podestà non è compreso fra coloro che sono colpiti dalla ipoteca legale* (*c*).

(*a*) Sabatini Sist. ipot. Tosc. N. 1217.

(*b*) Cavalcan. de usufr. mulieri relict. N. 180. Non extinguitur ususfructus semel quaesitus patri in vita filii, *nam durat usquequo ipse pater vivit:* così le due legislazioni perfettamente s'accordano nei principî del diritto romano.

(*c*) LL. 17. 18. de testam. tut.

Digitized by Google

CAPO II.

SEGUE LO STESSO ARGOMENTO

§. CCCLVII. — *Ipoteca della madre tutrice e curatrice dei propri figli. Passaggio a seconde nozze. Amministrazione illegittima.*
§. CCCLVIII. — *Della ipoteca sui beni del patrigno secondo il gius romano; tale disposizione non è compatibile colla legge ipotecaria dello Stato Pontificio.*
§. CCCLIX. — *Della ipoteca a carico del patrigno secondo i termini delle legislazioni di FRANCIA, NAPOLI, e PARMA.*
§. CCCLX. — *Della ipoteca a carico del patrigno secondo le legislazioni di SARDEGNA, TOSCANA, e MODENA.*
§. CCCLXI. — *Della ipoteca legale sui beni del padre binubo.*
§. CCCLXII. — *Massime rotali sull' attinenza della ipoteca colla legittimità della tutela.*
§. CCCLXIII. — *Data della ipoteca tutoria.*
§. CCCLXIV. — *Dei crediti compresi nella ipoteca pupillare.*
§. CCCLXV. — *Osservazioni sulla interdizione del prodigo.*
§. CCCLXVI. — *Sistema Austriaco.*

§. CCCLVII.

Ipoteca della madre tutrice e curatrice dei propri figli. Passaggio a seconde nozze. Amministrazione illegittima.

1. Due leggi celebri imposero alla madre tutrice il giuramento, la ipoteca ed altre condizioni proficue all' interesse dei figli di primo letto. *L. matres* 2. *C. quando mulier. L. si mater* 6. *C. in quib. caus. pign. tacit. conthr.* Perduta la tutela pel passaggio di lei a seconde nozze, supposto ch' essa avesse ritenuta indebitamente l' amministrazione, nacque dubbio se la *Ipoteca tacita* a garanzia degli effetti dell' amministrazione legittima, *ferma restasse eziandio per la conservazione di quei crediti ed azioni del*

Digitized by Google

figlio che gli possono derivare in conseguenza della indebita e mal tenuta gestione.

Direi che la quistione non ha quella gravità che le si è attribuita, se nomi reverendi non si fossero levati a farne contrasto.

Il Duranton (N. 312.) sostenne che la *ipoteca che colpisce i beni della madre non può essere operativa che rapporto ai fatti gestiti nell' esercizio della tutela;* quindi, decaduta da quella posizione legittima per aver perduta la tutela, e ridotta alla condizione di amministratrice di mero fatto, non deve più risponderne ipotecariamente.

Base del suo ragionamento si è che *vi ha più tutele.* Ma egli propone a se stesso una obbiezione di cui non può eludere la forza. L' obbiezione è questa: che quando si negasse ai figli il diritto d' ipoteca per l' amministrazione posteriore al secondo matrimonio, ossia per l' amministrazione illegittima, *i nuovi coniugi si troverebbero in miglior condizione* che se avessero osservata la legge, *e i figliuoli in una peggiore per il fatto illegittimo della madre e del patrigno.* Risponde che la risoluzione a cui egli ha dato il suo consenso non è che una conseguenza dell' esame complessivo della legge, che impone la ipoteca *sui beni dei tutori, quanto a dire per gli esercizî e fatti della tutela;* e non per quelli che hanno avuto luogo a tutela finita. Appoggia il suo discorso alla teoria che il padre amministratore, mentre vive la madre, non è soggetto ad ipoteca per il motivo appunto che *allora non è tutore,* ragionando che lo stesso motivo valer deve rispetto alla madre ed al patrigno, che geriscono intrusi e senza qualità legittima!

2. Il nostro Chiesi (N. 617.) si associava a questa idea del Duranton. Come mai? Egli trova che la ipoteca legale deriva la sua forza dalla posizione di diritto in cui è posto il debitore: osserva che l' art. 2121. *accorda la ipoteca ai minori sui beni dei loro tutori: che dopo il matrimonio non vi è più tutela e che la madre ha cessato di essere tutrice.* Combatte Grenier, a cui sfuggì questa considerazione poco esatta — che la *perdita* della tutela non è che la *privazione del titolo onorevole di tutrice, e della fiducia che vi è congiunta.* Ma l' illustre autore risponde, che non si tratta solo di questo, ma della perdita vera e reale della qualità di tutrice. E dopo qualche altra osservazione poco concludente

Digitized by Google

« tengo per fermo non potere i figli minori esercitare contro i beni della madre nel caso contemplato nella seconda parte del citato articolo 395. (*a*) alcuna ipoteca legale per l'amministrazione di fatto da lei conservata posteriormente al secondo matrimonio che la privò ipso jure della tutela ».

3. Non posso convenire in questa opinione; e mi attengo a quella di Grenier, del Troplong, del Persil, e della corte di cassazione (*b*). E dico semplicemente. *La ipoteca legale del tutore non si estingue che allo scioglimento della sua obbligazione* (*c*), cioè alla dazione e resa del conto, alla dimissione dei beni amministrati, alla consegna dei residui. Tutore, che cessato il tempo della sua legittima gestione, non adempie a quei doveri della sua posizione, non può scuotere da se l'ipoteca; essa continua a gravarlo; e siccome essa ipoteca fu imposta a garanzia di tutti i fatti amministrativi che dal dì della sua accettazione cominciavano a dipendere dall'arbitrio suo, non vi può esser limite e divisione tra fatti e fatti, fra tempo e tempo, fintantochè possiede quell'arbitrio, e coll'abuso di quello può offendere e danneggiare gl'interessi del pupillo. Sarebbe davvero cosa nuova, che un rendiconto, dato da un tutore che lungamente protrasse l'amministrazione dopo la maggior età del pupillo, o la nomina di un altro tutore, o la perdita, per qualsiasi causa, della tutela, che un rendiconto, io diceva, si vedesse diviso in due parti o sezioni distinte, l'una delle quali contenesse i fatti legalmente esercitati, i debiti formati nel tempo della tutela legittima; l'altra i fatti illegalmente esercitati, e i debiti formati nel tempo della gestione illegittima, facendosi ragione che dei primi soltanto deve la ipoteca rispondere; ma che rispetto ai secondi la ipoteca si ha per non esistente, e l'ex-tutore non è tenuto che coll'azione personale!

(*a*) . . . . « in mancanza di questa convocazione (del consiglio di famiglia) essa perderà *ipso jure* la tutela; ed il suo nuovo marito sarà solidariamente responsabile di tutte le conseguenze della tutela ch'essa avrà indebitamente conservata ».

(*b*) Comment. des Comm. al N. 426.

(*c*) Art. 2180. N. 1. del Cod. francese.

Digitized by Google

Chi mai ha autorizzata questa limitazione di effetti in una ipoteca che è innalzata alla difesa di tutte le conseguenze dannose che il pupillo può subire dalla mala gestione del tutore! Non è forse abuso della sua posizione di tutore il ritenere i beni, il godere i comodi dell'amministrazione, lo stancare le giuste istanze di coloro che lo gridano e lo dimostrano decaduto ed in istato di violento e doloso occupatore? A che mira la ipoteca legale fuorchè ad equilibrare gli abusi della tutela? Abuso della tutela è ritenerla indebitamente. Occasione a siffatta violenza fu la stessa tutela legittima. Per essa il tutore potè entrare al possesso dei beni; senz'essa non avrebbe potuto avere nè quindi continuare il possesso medesimo! Qual danno reale, mal compensato da una fredda considerazione di legalità! Che strazio non farebbero delle cose pupillari codesti tutori che conquistarono la impunità (almeno ipotecaria) per l'eccesso stesso dei loro disordini!

Altro è che la ipoteca non possa aver principio *se non dall'esistenza* de' rapporti legittimi capaci di crearla (*a*); altro è che cominciata ed avuta una volta giuridica esistenza, non debba continuare a produrre i suoi effetti finchè non siano estinte le obbligazioni del debitore a garanzia delle quali venne ordinata. Rammento il responso di Paolo (*b*) dove disse che il privilegio del pupillo, anche *post pubertatem,* contro il tutore permaneva fermo finchè non avesse costui soddisfatto ogni suo incombente relativo alla cessata tutela; e rammento ancora che il nostro Chiesi ci additò quel luogo al N. 627. con queste parole « L'ipoteca legale accordata dall'art. 2121. ai minori ed interdetti sui beni dei tutori è della stessa natura della ipoteca tacita romana; *e perciò durerà anche dopo ch' ebbe fine la tutela e rimarrà estinta coi modi ordinarî onde si estinguono le altre ipoteche* ».

La risposta del Duranton (sopra N. 1.) sembra esser questa; che tali inconvenienti per verità non possono negarsi, ma che sono nella legge. Io penso che non siano nella legge ma nella mala interpretazione di essa. L'argomento che desume dalla regola

---

(*a*) V. sopra §. CCCXLIX.

(*b*) L. 44. §. 1. D. de administr. et per tut.

Digitized by Google

che *il padre amministratore del peculio avventizio del figlio* non è tenuto alla ipoteca durante il matrimonio, oltrechè non avrebbe che una inferenza assai lontana al caso presente, ha bisogno essa pure di essere dimostrata; e noi l'abbiamo trovata erronea almeno nella sua proposizione assoluta (*a*). La tutela cessò, è verissimo, non solamente la vana apparenza e il titolo d'onore; la madre non ne possiede più i diritti, ma ne ritiene gli obblighi che non ha ancora adempiti ed ai quali deve rispondere colla ipoteca. Che se gli obblighi di tutrice non sono in lei cessati, perchè uno di essi, anzi il complementario, è quello di render conto, dimettere il possesso dei beni, soddisfare i reliquati, ne segue che a tali obblighi devono corrispondere dei diritti dal lato degli amministrati: e sono appunto di tener ferma la ipoteca sino all'esaurimento di tutte le conseguenze dell'assunta tutela (*b*).

§. CCCLVIII.

Della ipoteca sui beni del patrigno secondo il gius romano; ma tale disposizione non è compatibile colla legge ipotecaria dello Stato Pontificio.

1. Se la madre, che sostenne la tutela dei figli, passa ad altre nozze prima di averla deposta regolarmente e resi i conti, anche i beni del novello marito vanno sotto ipoteca a cautela della passata amministrazione della vedova (*c*).

(*a*) §§. CCCLV. CCCLVI.

(*b*) Il §. 164. del regolamento pontificio abilita alla rinnovazione della iscrizione della ipoteca tutoria nei sei mesi dalla cessata tutela o cura, *per conservare la ipoteca generale pel credito che risulterà dal rendiconto:* il qual rendiconto potrebbe anche presentarsi molto tempo dopo. È anche osservabile che la ipoteca *dei tutori curatori, amministratori* (legittimi, ci s'intende, non di mero fatto) *guarda le obbligazioni derivanti dalla loro gestione* (§. 117. N. 1.): ancorchè tale gestione si prolungasse, indebitamente, cessa il *jus tutelae.*

(*c*) L. 6. C. quib. caus. pign. vel hvp. tac. aut. de 2. nupt. §. si autem tutelam.

Digitized by Google

2. Chiara è la legge come profondamente politico è il senso che racchiude; ma si dubitava se potesse al patrigno applicarsi, *ove la madre non avesse assunta regolarmente la tutela, e la sua gestione fosse semplicemente di fatto.* Era opinione comune che il marito in tale stato di cose non fosse tenuto (*a*). Fu accolta la stessa conclusione anche nel caso che la madre avesse cessato dal suo ufficio, quantunque non reso il conto (*b*). In diritto romano passava senza difficoltà l'atto ipotecario a carico di qualsivoglia tutore, eziandio di mero fatto (*c*); l'organismo dei nostri metodi ipotecarî non permette più codeste ipoteche senza nome e senza carattere, e mancanti di base legittima (*d*). Ora, quantunque la madre, mera amministratrice di fatto, fosse colpita da quella ipoteca anomala, difficilissima a comprendersi come a conoscersi, pure non trovandosi acconcie le parole della legge per trascinare sotto lo stesso giogo anche il novello marito, la giurisprudenza lo mandò assoluto, malgrado le ragioni di convenienza che altri seppe trovarvi. Il vincolo di una ipoteca legale è di natura che non può essere facilmente dedotta per argomento.

3. Molto più nel moderno sistema della pubblicità ipotecaria. Specchio in cui i terzi leggono il declinar delle fortune e imparano che si debba sperare e che temere dalla così detta realtà a cui affidano i loro capitali, non dev'essere ingombrato dai fantasmi di situazioni strane, irregolari, non prevedute dal codice. No: si deve sapere da quali rapporti legali nasce ipoteca: crearne di quelle che non sono stabilite, è assurdo: non vi è mai stato caso in cui il rigore della parola abbia dovuto più tenacemente osservarsi. Qualunque si fosse la disposizione del diritto romano, è certo che la *legge pontificia non ammette la ipoteca a carico del patrigno.*

(*a*) Gutrierez de tutel. P. I. N. 9. Mantic. de tac. et amb. Lib. II. Tit. 16. N. 5.

(*b*) Decius Cons. 591.

(*c*) Mantic. de tac. Lib. 11. T. 16. N. 8. Merlin de pign. Lib. 3. T. 1. Qu. 2. N. 14.

(*d*) §. CCCXLIX.

Digitized by Google

§. CCCLIX.

Della ipoteca a carico del patrigno secondo i termini delle legislazioni di FRANCIA, NAPOLI e PARMA.

1. In due articoli il Codice francese scrive la responsabilità del marito (*a*); o la vedova perda *ipso jure* la tutela per non avere invocate le decisioni del consiglio di famiglia, o sia nominato un contutore alla moglie conservata nella tutela.

A me par chiaro che nel primo di questi casi *non sia data al figliastro ipoteca sui beni del patrigno.*

2. Vero è che Grenier (*b*) e Troplong (*c*) pensano diversamente: sia dunque con loro pace. Del primo ho qualche maraviglia, rigorosissimo formalista, e delle parole tenacissimo, quando si tratti di argomentar ipoteche. Or come è uscito del suo sistema? Egli fece a se stesso questa ben grave obbiezione: potrebbe dirsi che *la responsabilità solidale pronunziata contro di lui non ha il carattere di una tutela, e non porta seco la legalità della ipoteca.* Chi dicesse così direbbe assai bene « Se il secondo marito non diventa nè tutore nè contutore » osserva a pennello il Chiesi N. 617. « qual è la disposizione di legge che può invocare per sottoporre ad ipoteca legale i beni del secondo marito? »

Ma, soggiunge il Presidente di Riom, *che il nuovo marito non potrebb' esser tenuto solidalmente responsabile* delle conseguenze della tutela, quantunque indebitamente conservata, *senza che la legge abbia avuto in mira di applicargli le stesse obbligazioni e collo stesso carattere . . . . è sempre una tutela alla quale il marito è associato col titolo di responsabile solidalmente.* Riflette al danno flagrante al quale possono andare incontro i minori attesi gl' impegni anche fraudolenti, che il marito potrebbe prendere coi terzi. Io ho sempre creduto nella influenza dei proverbi sulle idee

---

(*a*) Art. 395. 396. Cod. Sicil. art. 317. 318.
(*b*) N. 280.
(*c*) N. 426.

Digitized by Google

dei più forti ragionatori. *Qui èpouse le veuve, èpouse la tutelle,* è volgare in Francia: questa specie d'idea fissa, o questa tradizione giuridico-popolare, per dirlo più dignitosamente, ha una gran forza.

2. Tuttavia i confini fra la obbligazione personale e ipotecaria sono troppo ben distinti perchè si possa, ragionando o immaginando, confonderli. Questa volta lo stesso Grenier *ha creata la ipoteca.* Era ben facile alla legge dichiarare che i beni del secondo marito son colpiti da ipoteca come quelli della moglie. Così fecero quelle legislazioni che vollero farlo (*a*). La *responsabilità* non ha bisogno di essere ipotecaria per essere una responsabilità, estesa quanto vi piace. È abbastanza assurdo il sostenere che non vi è più tutela, e aggiungere che il nuovo marito *è sempre associato ad una tutela* (*b*). Non vi ha veruna necessità di pareggiare la posizione del novello marito a quella della moglie, per sostenere che se questa è gravata d'ipoteca lo dev' essere ugualmente il marito; poichè non c'era neppure necessità (logico-giuridica) di tener costui responsabile; tutto dipende dal voler della legge. Se la legge ha voluto una responsabilità non ipotecaria ma semplicemente personale, le avrà bastato; essa ne fu contenta. Per ragione morale può dirsi che deve supporsi assicurato l'interesse dei pupilli colla ipoteca prestata dalla madre; e che dovè sembrare un soverchio imbarazzo, ingarbugliare anche i beni del mal capitato marito. L'essere percosso di una assai grave responsabilità quantunque personale, l'essere associato ai fatti passivi e anteriori e posteriori della moglie, non si chiama certo un gustare le dolcezze del novello imeneo, ma non bisogna spinger poi le cose all'estremo. Questa responsabilità, questo debito che s'incontra quasi per via, è uno stimolo, un eccitamento piuttosto acuto, affinchè il secondo marito o cessi dal dare alla moglie

---

(*a*) V. §. seg.

(*b*) Essa *continua* nella madre, per quanto riguarda agli effetti passivi, poichè una volta cominciò e fu legittima; ma non ha mai potuto aver cominciamento nel secondo marito che arrivò a tutela perduta, e fu anzi causa perchè si perdesse.

Digitized by Google

cattivi consigli, o aiuti colla sua influenza le buone intenzioni della moglie, e così finisca questo stato innormale, questa condizione di cose colpita dallo sdegno e dalla riprovazione della legge (*a*). Che il marito sia personalmente responsabile e della gestione anteriore e della posteriore al matrimonio, è cosa dimostrata dai combinati art. 395. e 396.: *ma solo in questo secondo caso, il marito deve assumere ipoteca, perchè solo in questo secondo caso è vestito della qualità di contutore* (*b*). Questo è proprio il caso — *chi sposa la vedova sposa la tutela.*

Il Codice di Parma non dispone; quindi è chiaro che non ha voluto la ipoteca a carico del patrigno.

§. CCCLX.

Della ipoteca a carico del patrigno secondo le legislazioni di SARDEGNA, TOSCANA e MODENA.

1. O la tutela sia indebitamente conservata dalla madre tutrice che passa a seconde nozze; o, a cose regolari, sia nominato un *contutore*, non può mai il patrigno sottrarsi dalla ipoteca. Ecco una quistione non lieve decisa con una parola. *Codice Sardo art.* 2174. *part.* 2.

2. Il Codice Estense dice nell'art. 2171. « Quando la madre tutrice passa a seconde nozze, la stessa ipoteca legale, *pel caso*

(*a*) Zaccheria nella sua brevità. « Bisogna decidere . . . che la ipoteca legale del figlio sui beni della madre tutrice che di fatto ha conservata la tutela senza uniformarsi alle disposizioni dell'art. 395. *punto non si estende ai beni del secondo marito*, benchè questi sia solidalmente mallevadore della gestione della moglie ». (Traduz. Lo Gatto §. 264. c.). Delvincourt sull'art. 395. Duranton XIX. 312.

Add. Mantica de tac. et amb. Lib. 11. Tit. 16. N. 4. e 5. — Rota in Rom. residui dotis cor. Cerro apud Rodriguez de concursu creditor. Dec. 16. N. 15. e segg.

(*b*) Ma il terzo, quarto, o quinto marito, e se altri può abbracciarne una donna, non sarà mai tenuto che dell'amministrazione *posteriore al suo matrimonio col quale acquista la qualità contutoria* — Grenier N. 280.

Digitized by Google

dell' art. 303., si estende ai beni del patrigno dal giorno del matrimonio.

E il 303., che « la tutela affidata alla madre e all' avola paterna finisce col loro passaggio ad altre nozze » continuando, che la madre può essere conservata nella tutela *prestando idonea sigurtà* nè con lei si ritiene obbligato il secondo marito ». La vedova che ha già prestata ipoteca deve aggiungere una *sicurtà* (fidejussoria), *oltre la obbligazione del secondo marito.* È l' eccesso della diffidenza. La ipoteca però di cui parla l' art. 2171. non deve darsi che nel caso *di tutela legalmente conservata alla vedova;* che corrisponde alla dottrina del codice francese.

3. L' art. 16. della legge 15 Novembre 1814 *della tutela testamentaria ecc.* attribuiva al secondo marito il carattere *di tutore dativo*, proseguendo la ipoteca della moglie; l' art. 64. N. 3. del Motu-proprio del 1836. dichiara « è accordata pure (ipoteca generale) ai minori sui beni dei loro patrigni dal giorno del matrimonio colla loro madre tutrice, *quando sia stato contratto prima che la tutrice abbia nei modi regolari reso il conto della sua amministrazione, saldato il debito che n' è risultato, e chiesto che i detti minori siano provvisti d' altro tutore* ».

Vedere umano! Ecco la disposizione del codice di Francia e Napoli (*a*) ma capovolta. In Toscana non si dà la ipoteca sui beni del patrigno, *quando la madre è legalmente conservata nella tutela;* ma quando versa in uno stato irregolare, e ritiene la tutela indebitamente.

§. CCCLXI.

Della ipoteca legale sui beni del padre binubo.

1. Le leggi romane imposero la ipoteca sui beni di quello dei genitori che, sciolto il matrimonio, ne contrae un nuovo, a garanzia dei beni che il secondo coniuge deve conservare a favore dei figli di primo letto. *L.* 8. §. *ult. C. de sec. nupt.*

(*a*) §. precedente.

Digitized by Google

Questa tradizione che non venne seguita dal legislatore francese, regna nel Codice Sardo art. 2173. (*a*) e nel Modonese art. 2170 (*b*).

§. CCCLXII.

Massime rotali sull' attinenza della ipoteca colla legittimità della tutela.

Più volte ho creduto opportuno di mettere in fermo che la ipoteca tutoria, come ogni altra ipoteca non nasce che dalla cooperazione di rapporti legittimi: principio spesso consacrato dal S. Uditorio. Nella Fulginat. delet. hyp. 13 Decembris 1833. coram de Retz confermata dall' altra coram eod. 6 Jun. 1834., parlando del sistema francese, ma associandovi il proprio, dichiarò che *contra malum administratorem* non si ammette ipoteca legale, ma solamente contro quelle persone che sono espressamente indicate dalla legge (*c*).

Senza tutela legittima non vi è ipoteca dice ancora la Viterb. delet. hyp. 24 Ian. 1842. cor. de Cursiis.

Sarebbe assurdo che un maggiore, anche volontariamente sopposto ad amministrazione, potesse pretendere alla ipoteca dei minori (*d*). Quindi la ipoteca minorile dopo sei mesi ha finito di esistere. Viterb. delet. hyp. cor. Muzzarelli 5 Dec. 1842. confermatoria della indicata cor. de Cursiis.

(*a*) Art. 146. « Il coniuge che avendo figli del primo, passa ad un secondo matrimonio, è tenuto a riservare a favore dei medesimi la proprietà di tutto ciò che avrà avuto dalle sostanze del predefunto a titolo di donativo, o patto nuziale, donazione, istituzione, o legato.

(*b*) Il Codice Estense dà una direzione diversa a codesto diritto ipotecario dei figli. Vedi l'art. 837.

(*c*) La Chiesa gode il beneficio dei minori Cap. 1. e 2. de test. in int.

(*d*) Cannetti al §. 117. che cita la Rom. de let. inscript. 6 maggio 1836.

Digitized by Google

Essa però può rinnovarsi, e durare finchè il tutore abbia reso il conto e pagati i residui, come il S. Uditorio stabilì in un' altra decisione Rom. Consign. 28 Iun. 1828. cor. Ruspoli (*a*).

Se la ipoteca possa servire anche alla garanzia dei fatti dell' ex tutore posteriori all'evento dell'età maggiore (*b*). V. §. CCCLVII. N. 3.

§. CCCLXIII.

Data della ipoteca tutoria.

1. Le leggi romane davano principio alle obbligazioni del tutore *dal giorno in cui* veniva a sapere di esserlo (*c*), ma lo stesso pupillo doveva farne la prova (*d*).

Il codice francese parve spiegarsi con molta chiarezza nell'art. 2135. dicendo che la ipoteca legale del tutore *comincia dal giorno in cui ha accettata la tutela*. Nel 2194 invece: *dal giorno in cui ha assunta l' amministrazione* (le jour de l' entrèe en gestion du tuteur). Senza dubbio c' è qualcosa di diverso in queste due forme di tempo: si desidera la consueta precisione del Codice.

Ciò fece dire al Troplong — che conveniva coordinare tutto questo coi principî generali del diritto. Che la legge suppone che il tutore cominci ad amministrare *fin dal momento ch' egli accetta la tutela;* onde l' unica ricerca sarà, *qual sia l' epoca dell' accettazione della tutela.*

Egli distingue così. *Pei tutori legittimi* il giorno in cui si accetta la tutela, è precisamente quello *de l' ouverture de la tutelle.* Il tutore non può ignorarlo. Rispetto ai *testamentari* il giorno è quello in cui ebbero scienza del testamento. *La nomina del tutore*

(*a*) Rota cor. Otthob. Decis. 75. N. 9. — Rom. pign. 6 April. 1765. §. 8. — Rom. graduat. 20 Feb. 1815. §. 13. — Chiesi §. 627. Di questo soggetto si parlerà ancora nel corso dell' opera nei luoghi ove sarà opportuno.

(*b*) Iournal. du Delais. Grenoble 16 Ianvier 1832.

(*c*) L. ita autem §. 10. D. de administr. tut.

(*d*) L. hoc autem C. eod.

Digitized by Google

segue il principio dell'amministrazione per quei tutori che sono nominati dal consiglio di famiglia, se la nomina è seguita lui presente e senza reclamo (art. 418.). Se non fu presente, dal giorno della notifica.

2. La espressione della legge era difatti troppo vaga in faccia a due elementi negativi: non essendo determinata la forma dell'atto di accettazione o assunzione; e restando nel buio la ipoteca che non andava iscritta. I giureconsulti francesi si trovarono d'accordo su quei principî.

3. Tale quistione di tempo è importantissima nei paesi della ipoteca tacita. Sapere in qual punto comincia la ipoteca del minore, equivale talvolta al sapere s'egli potrà ricuperare il patrimonio messo a fondo da un ladro tutore, ovvero s'egli cederà alla fortuna di un creditore anteriore. Combattimento in vero strano di un creditore che viene innanzi colla luce di una iscrizione e che deve percuotere nell'oscuro per cogliere, se è possibile, il suo avversario, e gettarlo a terra! Nè certamente è per guadagnarci il minore al quale, per troppo favore, si è data un' ipoteca con sì inferma base. Ma erano leggi siffatte! Facile è il teorizzare con Troplong: ma determinare il momento di fatto, è men facile assai. È possibile, diceva il Duranton, che il tutore non abbia conosciuto che dopo un certo tempo il fatto che originò la tutela; e allora non si potrà dedurla che dal giorno in cui egli avrà potuto *ragionevolmente* acquistarne la scienza. Quanto elastica è questa ragionevolezza della scienza!

Può anche avvenire che la tutela sia deferita dal padre o dalla madre in punto di morte. Altro caso che il Duranton esamina (*a*). Se il tutore nominato non ha obbligo di assumere la tutela, s'egli può scusarsene, non gli daremo un tempo congruo a pensarci ed opporre? Se proporrà, si dice delle scuse, o saranno accettate, egli non è più tutore e cessa ogni quistione; se non saranno accettate e avute per buone, egli è come non le avesse dedotte, e l'ipoteca comincierà dal giorno *in cui ebbe scienza della conferitagli tutela.* Ma è proprio vero che la gestione di lui

(*a*) N. 15. Comm. des Comm. §. 427. 3.

Digitized by Google

e la sua responsabilità, come tutore sia cominciata dal giorno della scienza? O non piuttosto dal giorno in cui fu rinviata la scusa (*a*)? Checchessia, i giuristi francesi non sanno dissimulare la difficoltà di determinare il momento in cui si può affermar cominciata la gestione del tutore: e non è l'ultimo nè il più leggero fra i difetti del Codice (*b*).

4. I codici italiani hanno tolto di mezzo il pericolo di tali incertezze francesi. La tutela è un atto solenne; la iscrizione è pubblica. Il primo assicura i minori, la seconda è luce tranquilla ai terzi. La quistione della data è svanita: la data è quella della iscrizione (*c*).

Fate osservazione che il sistema iscrizionale non solamente ha messo in sicuro il tempo sotto la salvaguardia della forma, ma ha variato eziandio il punto di partenza: non muoviamo più dalla *scienza*, neppur dal momento in cui comincia l'opera dell'amministrazione, ma dal giorno dell'assunto officio, che è un ritorno espresso alle regole del diritto comune (*d*).

(*a*) Bisogna però rammentare che la legge toscana (15 Nov. 1814. art. 60.) disponeva autorevolmente, che la quistione della scusa era da esaminarsi dal giudice; prima della cui sentenza l'amministrazione rimàneva a carico e pericolo del tutore, certo per non pregiudicare colla sospensione l'interesse dei pupilli.

(*b*) Ricopiato dal codice Siculo art. 2021. N. 1.

(*c*) *Parma* articoli 2188. 2189. *Sardegna* — I tutori dei minori e degl'interdetti prendono ipoteca entro due mesi dal giorno dell'accettazione della tutela art. 2223. Il tutore assume la tutela giurando nelle mani del giudice art. 311. Ecco l'atto di accettazione. *Stato Pontificio* §. 134. *Modena* art. 2167. 2189. 2190. *Toscana* art. 82. combinato colle disposizioni della L. 15. Nov. 1814. quanto alla formalità delle assunzioni tutorie.

(*d*) Hypoteca illa tacita quae pupillis in bonis tutoris competit . . . nec recursum (incipit) a tempore caeptae administrationis, *sed ab ipso suscepti officii die* . . . . Faber in Cod. Lib. 8. Tit. 7. Defin. 1.

Digitized by Google

§. CCCLXIV.

Dei crediti compresi nella ipoteca pupillare.

1. Ogni credito derivato dall'azione tutoria si contiene nella ipoteca, sino *alle spese che il patrimonio deve sostenere per la resa del conto*. Così Troplong N. 427. Ma intendi quelle spese che sono dovute dal tutore (*a*), il quale restio a render conto, vi è costretto per sentenza. Crede però il Fabri che siano fuori della ipoteca quelle spese che conseguono *dalla contumacia del tutore* (*b*); e che fanno peggiore la condizione degli altri creditori ipotecarî di esso tutore. Domando il permesso di contraddire a questa opinione tanto autorevole. Se i creditori che hanno ipoteca posteriore a quella del pupillo, potessero escludere questo credito, per la ragione che il tutore non può nuocere ad essi coi suoi fatti ingiusti, la stessa ragione potrebbero addurre per escludere le spese del giudizio principale, non le contumaciali soltanto; giacchè la condanna nelle spese nasce appunto dal mal portamento del tutore che, prestandosi spontaneo e leale al dover suo, le avria evitate. Anzi i creditori posteriori del tutore potrebbero escludere qualunque altro debito che il tutore incontra per colpa o dolo della sua amministrazione. I creditori posteriori sanno che devono soggiacere a questa legge dell'anteriorità; eccettochè non provino una dolosa collusione fra tutore e pupillo.

2. Fra i crediti coperti dalla ipoteca pupillare vi sono anche quelli che il pupillo ha verso il tutore, *indipendentemente dalla amministrazione* (*c*). Il tutore difatti deve pagare a sè stesso, come a tutore, in quella guisa che si riscuote da ogni altro debitore

---

(*a*) Onde il Fabri in Cod. Lib. 8. Tit. 7. Defin. V. . . . . ad eas tantum pertinet (expensas), quas ex causa tutelae ad extorquendam *ab invito tutore* redditionem fieri necesse est.

(*b*) . . . . non etiam ad eas, quas propter tutoris contumaciam majores factas esse constet.

(*c*) L. 9. §. 3. D. de admin. et peric. tutor.

Digitized by Google

del pupillo (*a*). Magnin (*b*) disse bene, che bisogna intendere di quei crediti che *diventano esigibili nel corso della tutela*, e questa essere la vera dottrina del Voet e del Merlin (*c*). Similmente dee dirsi di quelli scaduti *prima della tutela, e che erano già esigibili quando essa cominciò*. Se il debito del tutore è condizionale, non dovrà pagarsi che al purificarsi della condizione (*d*): nè valeva la pena di dirlo. Neppure può farsi oggidì il dubbio che sembra travedersi in una espressione del Voet, se trattandosi di debito condizionale, la ipoteca si tolga dal giorno in cui la somma ha cominciato ad esser dovuta; la ipoteca pupillare è una, *e comincia sempre dall' assunzione formale della tutela.*

3. Battur (*e*) propone un caso di novazione del debito tutorio. Suppone che un contutore abbia acconsentito al tutore di ritenersi le somme dovute al pupillo, con ipoteca o senza, convertendole in un credito fruttifero; e così facendo sparire la persona del tutore per sostituirvi quella di un debitore comune del patrimonio. Non si tratterà più di sapere se la ipoteca del pupillo contenga questo credito; ma se ne sia responsabile il contutore che l'avesse messo in pericolo. È una bella dottrina del Voet applaudita dal francese.

§. CCCLXV.

Osservazioni sulla interdizione del prodigo.

1. La demenza del prodigo (poichè è sempre demenza lo spendere soverchio e matto) fu giudicata in varî tempi diversamente. Il prodigo non è che un monomaniaco, poichè in ogni altra cosa,

---

(*a*) L. 6. §. fin. D. de negot. gest.

(*b*) N. 1279.

(*c*) Il Voet specialmente aveva messo in tutta chiarezza la distinzione che i giuristi francesi hanno pienamente accettata — Ad Pand. Lib. XX. Tit. 2. N. 16. — Chiesi N. 626.

(*d*) Battur N. 367.

(*e*) N. 369.

Digitized by Google

che non riguarda le ragioni dell'economia, può essere eccellente: può essere un grande scienziato, un gran poeta, un Ugo Foscolo. I romani considerando meno la causa mentale che l'esito (*a*), furono colpiti dalle rovine, a così esprimermi, che il prodigo sparge intorno a sè; e nell'interesse della famiglia e dei figliuoli, tremanti innanzi al genio della distruzione, sentirono che conveniva frenarlo con doppie catene civili, come si carica di ceppi materiali il pazzo che percuote del capo nelle nude pareti. Il prodigo è un suicida morale: la interdizione fu completa, assoluta, inesorabile (*b*).

Questo diritto regola anche attualmente lo *Stato del Pontefice*.

Il Codice di Parma sottopone il prodigo a rigorosa tutela, come il furioso. Part. III. Tit. III.

2. Il codice francese fu meno severo. Alla interdizione surrogò la *consulenza*. Art. 513. Essa lascia al prodigo la facoltà di amministrare (*c*).

Fra codeste legislazioni assolute ve ne ha delle altre che fanno arbitrio ai tribunali di legare strettamente il prodigo coi vincoli della interdizione, o di confidarlo alla guida di un consulente. Bisogna applaudire alla prudenza di questo temperamento (*d*).

(*a*) Non est novum, quosdam, etsi mentis suae *videbuntur ex sermonibus compotes esse*, tamen sic tractare bona ad se pertinentia ut nisi subveniatur his, deducantur in egestatem . . . . *furiosum faciunt exitum*. — L. his qui D. de tut. et cur. dat.

(*b*) L. 1. e 2. C. de curat. furiosi. Heinec. Antiq. rom. Lib. I. Tit. 23. Tuttavia la interdizione del prodigo ebbe un carattere più positivo togliendosi sempre dalla pubblicazione. L. 17. D. de curat. furios. dand. L. 6. Cod. eod. mentre sembra desumersi dalla L. 5. Cod. de Codicill. che, rapporto al furioso, fossero nulli eziandio quegli atti che avesse fatti prima della interdizione in istato di pazzia.

(*c*) Conforme alla francese è la legislazione Sicula, art. 436. I nomi di coloro che hanno tutore curatore e consulente giudiziario, sono pubblicati. Decret. 23 Nov. 1819. e 23 Marzo 1833. Bel regolamento sull'amministrazione dei minori e interdetti è quello del 1 Febb. 1845.

(*d*) *Toscana* L. 15. Nov. 1814. Capit. della Tutela ecc. art. 21. Sulla ipoteca legale del curatore dei prodigi V. Circolare della Consulta 27 Giugno 1837. *Napoli* art. 4.

Digitized by Google

3. *I consulenti giudiziari* di tipo francese, non sono tutori, non esercitano che alcune parti delle funzioni tutorie, e non sono caricati d'ipoteca. È a vedersi degli altri Stati. Negli Stati Sardi (*a*) il rappresentante del prodigo non interdetto (*b*), *è un consulente giudiziario*. A Firenze e Modena è un *Curatore* benchè cogli stessi attributi del *consulente*. Quid juris? Il consulente non soggiace ad ipoteca, ma dovrà sostenerla il Curatore perchè porta un altro nome? È forse una quistione di parole?

Io non amo le quistioni di parole, ma qualche volta quelle che si dicono di parole, sono quistioni di cose (*c*). A classificare le responsabilità e diritti inerenti ad un ufficio personale, la legge li distingue con dei nomi: come far altrimenti? Quei nomi sono idee, o piuttosto fasci d'idee, e concetti complessi. *Tutore* mi significa una rappresentanza così generale e una responsabilità tanto estesa che non è sempre applicabile al concetto *Curatore*: molto meno a quello di *consulente*. Ma queste stesse relazioni ideali variano secondo le varie attitudini degli uomini che furono fortunati abbastanza da poter dettar legge agli altri. Ora i nomi che si danno alle cose sono quelli che le distinguono non solo nell'ordine obbiettivo, ma eziandio nel subbiettivo (*d*); e non soltanto in se stesse, ma eziandio in relazione alle altre da cui si distinguono. Una legislazione si prefisse in mente che i Tutori devono prestare ipoteca, e non parla dei Curatori. Resta ancora a sapere che si debba intender per Tutori. Ma poichè in un altro luogo, parlando di un ufficio rappresentativo, la legge dice: questi è un tutore, è chiaro che costui è di quelli dei quali parlò quando instituì il debito della ipoteca. Se invece avesse detto, costui è un curatore, io vedrei che nel giudizio della legge, la persona che quell'ufficio esercita non è considerata avere la

---

(*a*) Art. 380. ecc.

(*b*) E così degli altri fiacchi di mente, che non sono soggetti ad interdizione, ma semplicemente ad un consulente.

(*c*) Taluno ha detto che « non vi ha disputa di meri vocaboli ma che tutte sono d'idee » Manzoni. Mor. Catt. Cap. XVII.

(*d*) Perchè la parola si pensa.

Digitized by Google

importanza e la obbligazione di un Tutore; e mi persuado che non è già una quistione di parole ma di cose, perchè non vi è mai quistione di parole se non quando esse sono impotenti a produrre la idea che si ricerca.

4. A Modena si dà ipoteca a favore delle persone che sono soggette *a tutela*, sui beni dei *loro tutori*. Art. 2167. Si è così bene maturato questo segno ideale, che in otto capitoli si tratta della Tutela e del Tutore con una precisione invidiabile. Havvi anche la Tutela dell'imbecille, demente, furioso, e prodigo. Quando, a giudizio del tribunale, non si ammette la interdizione, non c'è Tutela: ma può esserci una cura (art. 236.): chiaro è però che la Cura non è la Tutela, che il Curatore non è soggetto alla ipoteca del Tutore.

5. In Toscana la ipoteca colpisce i beni del *Tutore* e del *Curatore*. Havvi dunque (secondo le idee di quei luoghi) una maggior estensione di responsabilità. Ivi il consulente del tipo francese, è sollevato al rango di Curatore, e fatto quindi passivamente capace della ipoteca. Le funzioni sono le stesse; ma quelle leggi calcolano diversamente la importanza e il pericolo di quelle funzioni, onde in Toscana si dà ipoteca, non in Francia e a Napoli.

§. CCCLXVI.

Sistema Austriaco.

1. La legislazione austriaca ha ben distinto dal padre e dalla patria podestà, il Tutore e la sua azione legittima. Il capo di famiglia ha dei diritti inviolabili e sacri sulla sua prole. *Questi diritti costituiscono la patria potestà* — §. 147. Rispetto ai beni che *i figli acquistano in un modo legittimo*, il padre ha l'amministrazione non l'usufrutto legale (*a*). Egli rende conto, come ogni altro

(*a*) Per la notificazione governativa 28 Febbraio 1818. i genitori furono mantenuti nel diritto d'usufrutto già acquistato sotto il codice francese. Basevi.

Digitized by Google

curatore giudiziale. Deve investire l'avanzo della rendita se non sia tenuissimo. La patria podestà cessa colla maggior età, ossia col vigesimo quarto anno (§. 172.), e anche in questo il codice si diparte dal diritto romano. Talvolta ragioni di prudenza, determinate dal codice (§. 173.) sono legittime *per chiedere al giudice la continuazione della patria podestà;* qualche altra, anche prima di quell'età, il figlio può emanciparsi dal padre, purchè si faccia espressamente *e coll'approvazione del giudice* (§. 174.) al quale esso (il padre) presenta la sua dichiarazione (*a*). Non è esclusa l'emancipazione tacita (*b*). È però necessaria la sanzione del tribunale nei casi previsti dalla notificazione governativa 20 Novembre 1819.: tanto in quella forte e compatta organizzazione l'autorità veglia attenta sugl'interessi dei minori. Il matrimonio, di regola, scioglie la patria podestà quanto *alla persona* della figlia; rispetto ai beni il padre continua amministratore (*c*); morto il marito, la figlia minorenne, ricade nella podestà di lui (*d*).

2. La tutela, è come a dire il surrogato della patria podestà che manca (§. 187.); come il *curatore o procuratore* è il surrogato dell'autorità tutoria. Il capitolo 4.° del Codice Austriaco, con riguardo specialmente alla legge sovrana 9 Agosto 1854., presenta la sistemazione più compiuta che siasi mai immaginata di un ordinamento tutorio. Benchè il tutore non sia tenuto a dar cauzione finchè adempie esattamente al debito suo (§. 236.), ma la scelta della persona è sì accurata; ma la sua amministrazione è circondata di tanti e sì potenti cautele, è sorvegliata con tante e sì imponenti formalità, che l'interesse pupillare è forse meglio difeso che da cauzione ipotecaria. La quale spesso è un

---

(*a*) Sovrana Patente 9 Ag. 1857. §. 266. della legge relativa.

(*b*) « Se al figlio giunto all'età di venti anni permette (il padre) la direzione di una propria economia » §. 174.

(*c*) « Conserva i diritti e gli obblighi di curatore . . . » §. 175.

(*d*) Laonde *patria podestà* è quella che principalmente si esercita *sulla persona*, ed in quella estensione e con quei caratteri di superiorità e di autorità che si convengono alla ragione paterna. In ciò si distingue dalla Tutela.

Digitized by Google

fantasma di cauzione e una forma vana, perciocchè non si calcola mai quanto valga e sia efficace; e s'essa è una realtà, è sempre un peso e un vincolo gravissimo a chi l'assume. Esempio a quei pubblicisti del giure costituendo che meditano la semplificazione del sistema; così la idea germanica della intavolazione avesse il suo compimento in Italia! Quelle onde agitate di controversie molteplici e gravissime raccontate in questo titolo, si calmano ubbidienti a quella voce del legislatore — *il tutore non dà cauzione* — Fate in modo che non ci sia bisogno, o il minor bisogno possibile di cauzione, e il problema sarà sciolto. Le ipoteche legali diventino inutili; io dirò mille volte che il legislatore può farlo, se il voglia.

Digitized by Google

APPENDICE

AI §§. CCCXX. CCCXXI.

IPOTECA DELLA MOGLIE DEL COMMERCIANTE IN ISTATO DI FALLIMENTO ANCHE IN RELAZIONE ALLA LEGGE FRANCESE 28 MAGGIO 1838.

I.

Dottrina di Pont continuatore di Marcadè — Explication theorique et pratique du Cod. Napoleon. Commentaire-traitè des privil. et hyp. Paris per Cotilon 1857.

1. L'ipoteca legale delle mogli si attiene invariabilmente *al fatto del matrimonio*. Nè altro si ricerca eccettochè la esistenza legittima di questo fatto. Per esso, e unicamente per esso, si crea una posizione di diritto che esige il riguardo economico della legge e certe garanzie speciali, che d'altra parte non potrebbe la donna procacciarsi nel novello suo stato (NN. 427. 428. 429. all'art. 2121.).

Così, indipendentemente dal contratto, la donna maritata, ha la sua ipoteca pel fatto solo del matrimonio. Se non che due eccezioni si sollevano contro questa regola normale. Una è il caso di un matrimonio celebrato nei dieci giorni che precedono il fallimento del marito; l'altro caso è se il matrimonio fu contratto in paese straniero. Nondimeno è nostra sentenza (del Pont) che in amendue i casi abbia a tenersi ferma la regola: che il fatto del matrimonio è la causa e la fonte della ipoteca legale (N. 430.).

2. Intanto, perciò che spetta al primo caso, quello del matrimonio contratto nei dieci giorni che precedono l'apertura del fallimento del marito, il nostro postulato è omai fuori di controversia. L'art. 443. del codice di commercio, così come sta, redatto prima della legge 28 Maggio 1838. poteva lasciare qualche dubbiezza. E poichè in quell'articolo era scritto che niuno potesse

Digitized by Google

acquistare privilegio o ipoteca sui beni del fallito per lo spazio dei dieci giorni anteriori al fallimento, con questo articolo alla mano, molti autori sentirono di poter sostenere che la donna non acquistava ipoteca se il matrimonio si contraesse in quel periodo vietato, essendo indisputabile che il matrimonio *è un fatto volontario* (Pardessus-Dalloz). Induzione, a dir vero, poco spontanea, eziandio sotto l'influsso di questo articolo. *Non è propriamente il fatto volontario che viene proibito, ma quello che ha per oggetto diretto l'acquisto della ipoteca.* Che l'ipoteca sia una conseguenza del matrimonio, nessun dubbio, ma che il matrimonio sia subordinato allo scopo di acquistar la ipoteca, ciò è impresumibile; nè altro si richiede a dissipare l'obbiezione. Oltrechè ella è massima generalmente adottata (Zacharia-Troplong-Valette). Ma checchè dir si voglia di tutto questo, la nuova legge del 1838. ha tolta via la quistione, dicendosi nell'art. 446. — « Sont nuls et sans effet, relativement à la masse, lorsque ils auront été faits par le debiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de les payements, ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque .... toute hypotéque *conventionelle au judiciaire* et tous droits d'antichrese ou de nantissement, constitué sur les biens de débiteur pour dettes antériurement contractées » — È dunque eccettuata la ipoteca legale (N. 431.).

Nei numeri che vengono appresso il ch. autore ragiona del diritto d'ipoteca riferito ai matrimonî che si contraggono in paese straniero, quistione che riserbo in altro luogo ove sarò per radunare tutte codeste quistioni internazionali, breve trattato a parte di diritto pubblico.

Continuando il suo commento sulla legge 1838. l'autore prosegue:

3. Convien parlare delle restrizioni dei diritti e privilegi muliebri quando la ipoteca della moglie viene in gara colle ipoteche dei creditori in quello sfascio degli affari del marito che si chiama fallimento (N. 442.). Prima di venire al fatto di codeste restrizioni, giova notare ch'esse non sono di tutti i casi, ma di quelli soltanto che la legge ha determinati. Il codice del 1807. limitava i diritti ipotecarî della moglie di colui *ch'era commerciante all'epoca del matrimonio* ai soli immobili che gli appartenevano

Digitized by Google

in quel tempo (art. 551.); legge che fu estesa anche alla donna che sposò il figlio di un negoziante che non « avesse a quell'epoca alcuno stato e professione determináta, e che divenisse poscia negoziante egli stesso ». Il nuovo regolamento corresse quella disposizione passionata, limitandola al caso del marito negoziante in quel tempo; o ch'entro un anno lo diventò. Del resto, è il fatto che vale; in quanto cioè il marito fosse o no negoziante, non in quanto abbia dichiarato di esserlo (art. 443.).

4. Toccando delle *restrizioni*, dice che la legge 28 Maggio 1838. temperò il rigore del codice antico, collocando sotto la protezione della ipoteca legale non solamente *i denari ed effetti mobili recati in dote, ma quelli eziandio che provennero alla moglie dopo il maritaggio per donazione o successione;* il che veniva ingiustamente negato dalla legislazione anteriore. Avverte che quella espressione — *convenzioni matrimoniali* — consacrata dall'art. 2135. del Codice Napoleone, venne con prudente avvedimento soppressa nella nuova legge commerciale di Francia; perchè quelle convenzioni potevano racchiudere *dei vantaggi* (liberalità-diritti ultroneamente concessi); *vantaggi* (avantages) che la moglie non può raccogliere sulla povera mensa del fallìto in faccia ai creditori pasciuti di vento.

Così il silenzio della legge del 38. fu, quasi si direbbe, l'interpretazione del silenzio del codice del 1807.

Conclude: che tutto ciò che ha di liberale e gratuito *(tals que gains de survie, donation etc.)* a favore della moglie, si reputa come non avvenuto, in presenza dei creditori ipotecarî del fallito (444. 445. 446.).

5. Secondo questa legge del 1838. non cade alcun dubbio, che il rimpiego *dei beni proprî della moglie, alienati durante il matrimonio; e i diritti derivati da donazioni* (estranee alla liberalità del marito) *e da successioni,* siano tutti coperti dalla ipoteca legale della moglie anche in faccia al fallimento. Ciò in massima deve dirsi eziandio rapporto *alla indennità dei debiti contratti dal marito verso la moglie.* Tuttavia dei dubbî possono agitarsi (continua sempre l'autore): fingete un caso come il seguente.

Giuseppe, negoziante, stretto da suoi bisogni economici, ha mutuato da Pietro 20 mila franchi: ma ben presto costui, inquieto

Digitized by Google

sulla situazione del debitore, domanda che la moglie di Giuseppe si acconci a garantirlo. Così avviene; e nel 20 Luglio i coniugi soscrivono una obbligazione alla quale la moglie accede come sicurtà. Il marito cade in fallimento, la cui apertura è fissata al 15 Luglio. In questa situazione *potrà la moglie sostenere di avere acquistata ipoteca legale a cauzione della indennità che per quella sua esposizione le è dovuta dal marito?* I creditori diranno nullo l'impegno, provando la frode ossia la conoscenza dello stato di prossimo fallimento; o nullo almeno il pegno e l'ipoteca che nel tempo vetito non poteva acquistarsi. La donna farà il suo meglio rispondendo, che la legge limita il divieto alla ipoteca giudiciaria e convenzionale; inoltre, che la legge annulla bensì nei casi determinati le transazioni avvenute col fallito, ma essa ha fondato il suo diritto in tal convenzione, che, quantunque possa aver giovato al debitore, in effetto non fu contratta con lui, ma piuttosto col creditore nella sua qualità di garante.

Soluzione del dubbio. Due decreti di rigetto della Camera delle inchieste, e della Corte di Cassazione (7 Novembre 1848.), si compendiano in questo: che se la moglie ha agito in buona fede, nella ignoranza dello stato economico del marito, in quanto non sapesse ch'egli era in condizione di fallimento, può benissimo valersi della sua ipoteca legale a difesa del suo diritto d'indennità; nel caso contrario di forza sarà contraria la conclusione.

6. L'A. va più avanti. Adottando l'opinione di Coin-Delisle (Rev. T. III. p. 221. etc.) egli crede che, sapesse o ignorasse, la donna non possa mai farsi forte di una ipoteca utilmente opponibile alla massa dei chirografari. Non le varrà il rifugiarsi in quella limitazione delle ipoteche giudiciarie e convenzionali; chè non tarderà la risposta autorevole della Corte di Cassazione, che pone una ben giusta differenza *fra le ipoteche legali nella stretta accettazione della parola, quanto a dire derivanti dalla sola virtù della legge, senza calcolare la volontaria azione delle parti interessate;* e quelle che acquistando il carattere (legale) *dalla qualità delle persone, riconoscono tuttavia la loro esistenza da atti puramente volontarî, e nella intenzion loro sindacabili:* quelle sussistono per diritto, e considerate come garanzia basata nel principio d'ordine pubblico potrebbero dirsi inviolabili;

Digitized by Google

non così le altre ipoteche, e quelle segnatamente che hanno per oggetto di guarentire la indennità dei debiti del marito verso la moglie. Le quali avendo radice in obbligazioni nate sotto l'influenza maritale, e d'ordinario da lui sollecitate, sono nella origine loro *convenzioni* vere e reali; e che, oltre il non potersi sostenere che a troppo gran danno e ruina dei creditori, sariano bene spesso comodo mezzo al fallito di fare coll'intervento della moglie quello che gli è proibito di fare direttamente, cioè di procacciar vantaggi ad alcuni creditori a detrimento della generalità.

Dopo alcune altre belle considerazioni, che però non fanno che amplificare la espressione del concetto di Delisle, così risolve. La quistione non è dunque in sapere, *se la donna abbia o no una ipoteca legale* per la indennità del debito che insieme al marito accettò; ma più presto, *se sia una obbligazione valida.* E bisogna dire che non c'è obbligazione valida; sendochè la donna non avendo punto per tal cauzione prestata al marito acquistato credito alcuno, per conseguenza non ha ipoteca (447.).

7. E, per concludere, *le disposizioni eccezionali del codice di commercio misurando la ipoteca legale della moglie dalla natura e qualità dei crediti di cui è l'accessorio; fanno che la limitazione cada su quei lucri e vantaggi, che quantunque compresi nelle convenzioni matrimoniali, non però sono compresi nella ipoteca legale, non avendo la donna nessun diritto relativo innanzi ai creditori del fallito.*

Il resto parla delle prove di che noi non ci occupiamo.

8. Secondo adunque questa dottrina di Pont:

1.° la ipoteca legale nasce dal solo fatto del matrimonio.

2.° ancorchè il matrimonio sia contratto, aperto già il fallimento, o nei dieci giorni che lo precedono.

3.° havvi però una limitazione assai riflessibile, e concerne i *vantaggi* stipulati coll'atto matrimoniale che non si veggono compresi nella ipoteca legale nè dal codice del 1807. nè dalla legge del 1838.

4.° rapporto alla indennità dei debitori del marito verso la moglie, può trovarsi resistenza nella natura del fatto, e nel tempo in cui ebbe luogo la convenzione in forza della quale la moglie divenne creditrice del marito.

9. Appressiamo a questa nuova dottrina quella più antica del Pardessus. Art. 1155. e segg.

Digitized by Google

Anch' esso inclina a tenere immune dal naufragio sotto la burrasca del fallimento la ipoteca legale, mentre le giudiciarie e le convenzionali, iscritte nel fatale decendio, o dopo di esso, vanno inevitabilmente al fondo. Ma in ordine alla ipoteca legale distingue nondimeno fra le cause *volontarie*, che possono dirsi *convenzionali;* e le necessarie, passive, e inevitabili. É volontario il matrimonio che il fallito contrae entro i dieci giorni del divieto; quindi la moglie non acquisterà ipoteca legale; ma se pochi giorni prima del fallimento, il disgraziato perde la sua compagna, nasce la ipoteca legale a favore dei pupilli che ricadono nella sua tutela (secondo la comune dottrina dei francesi), e questa ipoteca è valida.

Havvi poi delle ipoteche, iscritte anteriormente al decendio per sicurezza di crediti futuri: tali ipoteche si manterranno ferme malgrado le somministrazioni siano venute toccando la soglia stessa del fallimento. E fa il caso del *credito aperto sul banchiere* di cui noi discutiamo nei §§. CVI. e segg.

10. Malgrado l'avviso di codesti scrittori nobilissimi noi seguiteremo ad esser contenti del fatto nostro. Tutti i Codici Italiani (§. CCCXX.) portano il loro punto di vista *sull' acquisto della ipoteca* mediante la iscrizione. Il divieto che impedisce l'ingresso a qualunque acquisto ipotecario nel termine più o men lungo che potrebbe dirsi il vestibolo del fallimento, è un divieto rigidissimo ed assoluto, e rimuove, come inutile, il giudizio delle cause, per non guardare che agli effetti. Quindi senza esaminare se la dottrina del continuatore di Marcadè sia da stimarsi conforme alla legge francese del 1838., siamo costretti a lasciarla con quella del Pardessus, non trovandola in armonìa colle leggi nostre.

Digitized by Google

APPENDICE

AI §§. CCCXXXVI. CCCXXXVII.

II.

Si stabilisce che il regolamento ipotecario pontificio non accorda ipoteca legale alla nuora sui beni dello suocero.

1. Le opinioni degli uomini che hanno acquistata un' autorità nella scienza possono accettarsi o no: ma non passarsi in silenzio, non coprirsi d' obblio. Il Giovanardi ha satisfatto con molto onore al suo tema ipotecario; e se noi combattiamo qui una sua opinione, egli è che non si può esser d' accordo in tutte; è perchè l' ammirazione, che è un sentimento personale, deve cedere all' affetto del vero, ossia di quello che si tiene per vero. Veniamo all' argomento.

L' art. 117. N. 2. del regolamento 10 Novembre 1834. *accorda ipoteca indipendentemente da giudicati e da convenzioni — alla moglie sopra tutti i beni presenti e futuri dei mariti, per la dote ai medesimi assegnata e per la esecuzione dei patti nuziali.*

Accade spesso che la dote si paghi in mano allo suocero: si domanda se la legge pontificia, che non ha mai parlato dello suocero, colpisca d' ipoteca legale anche i beni di lui.

Il ch. Avv. Giovanardi sostiene con gran copia d' argomenti l' affermativa — *Dissertaz. XII.* §. 13. *e seguenti.*

Ed era d' uopo dir molte cose onde con apparenza di ragione introdurre nella legge quel che non c' è. La legge ha detto *Marito* non *Suocero:* così ha detto e così ha voluto.

Quelle legislazioni che altrimenti vollero, favellarono in altro modo. Il Codice Sardo, l' Estense e il Toscano sentirono che nel predicato di *marito* non si poteva facilmente comprender quello di *ascendenti del marito:* e poichè lo voleano, lo espressero, e dissero chiaro. Ad altri sistemi non piacque codesta estensione della

Digitized by Google

ipoteca legale: il Codice del Regno d'Italia, di Parma, del Pontefice furono di questa schiera: restrinsero la ipoteca legale ai beni del marito.

Io credo proprio che qui non si possa nè si debba domandar ragione, nè scrutare il pensiero del legislatore il quale poteva, come l'Austriaco, abolire ogni sorta d'ipoteca legale, o darvi quella estensione che a lui fosse in grado: *lex est*. La dimostrazione sarebbe finita.

2. Tuttavia ragioniamo un poco, poichè non saria molto cortese disapprovare una opinione stimata, e non curarsi degli argomenti che la sostengono.

Il codice francese fu nella stessa forma — *i diritti e i crediti cui è attribuita la ipoteca legale — sono quelli delle donne maritate sopra i beni dei loro mariti:* costava poco aggiungere — *e degli ascendenti del marito;* e si tacque. I commentatori del codice, sì numerosi, e nel disputare tanto facondi, non pensarono mai di farne un subbietto di quistione. Autorità negativa, eppure di gran valore. Ho rivedute le discussioni del tribunato, e non ho mai trovato che si oltrepassi questa linea; sempre il marito. Il Chiesi ne fece qualche parola di più, ma per escludere di reciso la intromissione dello suocero. « Il codice Napoleone, così egli, non ha dato alla ipoteca legale accordata ai crediti e diritti della moglie tanta estensione quanta ne dava la citata L. un. C. de rei uxor., e l'ha ristretta ai beni del marito, *dimodochè, sebbene la dote sia pagata allo suocero, sui beni di questo, non può mai la donna vantare alcun gius di legale ipoteca* » N. 606. Il nostro Giovanardi ha citato una decisione rotale di questi ultimi tempi (30 Gennaio 1835. cor. Bofondi) che fece plauso al sentire comune: e ciò quanto all'autorità.

3. La critica osserva che l'elemento d'interpretazione non può aprirsi nessuna via in quella sì compatta forma dell'art. 117 (*a*). *Beni del marito:* dunque non i beni dello suocero. È vero che *le leggi del diritto comune e le costituzioni apostoliche*, per l'art. 1.°

(*a*) *Verba clara non admittunt interpretationem, atque voluntatis conjecturam.* — Barbosa de Ax. Cap. XI.

Digitized by Google

del regolamento, *continuano ad essere la norma dei giudizî civili* — ma avverti — *in tuttociò che non viene altrimenti disposto nel presente regolamento.* Il diritto romano fu largo o no della ipoteca tacita a favore delle spose sui beni dello suocero? Vediamolo: poi torneremo alla quistione d'attualità.

Il §. *et ut plenius L. un. C. de rei uxor.* è la fonte a cui si deve attingere questa nozione. Ivi ci è mostrato il doppio aspetto del diritto coniugale, quello della moglie per la restituzione della dote, quello del marito per la costituzione e dazione di essa; nell'un campo sta lo stesso marito, e sembrano stare con lui anche tutti quelli che hanno o assumono obbligazione verso la sposa; nell'altro vedi costei in compagnia di quelli che hanno l'impegno di darle o pagarle la dote. *Ita et in hujusmodi actione damus ex utroque latere hypothecam, sive ex parte mariti, pro restitutione dotis; sive ex parte mulieris pro ipsa dote praestanda.* Parmi evidente che la legge, non contenta di contemplare nella obbligazione ipotecaria individualmente gli sposi, vi tiene avvinti eziandio coloro che dell'una o dell'altra parte devono rispondere delle obbligazioni dotali; e sopra tutti stende la rete ipotecaria. È anche vero però che i teorici puri, un Cujacio, un Vinnio, un Voet, un Donello, la glossa magna, quella di Dionigio Gotofredo (*a*), parvero non sospettare che sotto il velo di quelle parole si comprendessero gli ascendenti del marito. È vero altresì che gli scrittori speciali, gli uomini, diremo così, della giurisprudenza cominciarono a predicare « senza verun rattento » che la ipoteca tacita seguiva anche i beni dello suocero che aveva ritirata la dote; ma è maraviglia che non invocassero forse mai *il* §. *plenius* nè la legge Unica, ma prediligessero un altro fonte — *il* §. *transgrediamur L. si cum dotem D. solut. matrim.* che stabilisce la obbligazione personale del padre del marito, non punto la ipotecaria. Il che prova anche una volta quanto fosse lubrico il terreno della ipoteca, e quanto ad accordarla valesse nel senso dei giurisperiti la ragione del diritto anzichè la disposizione.

(*a*) Se mal non leggo — *ad V. sive ex parte mariti — Bona MARITI tacite obligantur pro reddenda dote.*

Digitized by Google

4. Ma qual che si fosse la prevalenza della causa giuridica nella mente dei legisti, non potrebbe negarsi alla legge unica (C. de rei uxor. act.) la preminenza fra le sorgenti da cui nasceva quella ipoteca di novella creazione. Tutto questo però non produce che noi possiamo trasportare alla legge moderna il volere di quell' antica. Il diritto comune non entra se non dove tacciono le leggi del regolamento; o, com' esso si esprime, *in tutto ciò che non viene ivi altrimenti disposto.* Ora le ipoteche sono fattura del gius positivo: si presentano come forme escludenti ogni disposizione non contenuta nella chiarezza letterale del testo; *de persona ad personam non fit extensio;* troppo grande distanza corre fra la qualità di marito e quella di suocero, perchè dove la legge non ha parlato che del primo, deggia intendersi anche il secondo.

Si ammette interpretazione *estensiva* in fatto d' ipoteche? Bisogna fermar questo punto. Questa specialità consta di due parti, l' una vogliam chiamarla la forma intrinseca del diritto, ossia la ragione di esso; l' altra la forma estrinseca, che si suddivide in quanto o presenti i caratteri degli atti che devono praticarsi per l' acquisto del diritto, o quelli che sono attributivi di qualità personali, che costituiscono la capacità di acquistare il diritto. La prima parte, come quella che versa nella idealità e nella ragione dei fatti giuridici, ammette tutte quelle modificazioni subbiettive che valgono a dirigere la ragione al suo obbietto, a quella cioè che il legislatore ebbe in vista, e che non disse ma pensò; e che avrebbe detto se avesse pensato. Ecco la interpretazione o estensiva o dichiarativa. La seconda parte è ordine: e come ordine, immutabile. Le parole, se non sono ambigue a guisa d'indovinelli, sono la forma. L' utile pubblico, la equità, *l' eadem causa*, la somiglianza dei casi, sono idee, induzioni logiche, inabili a modificare la forma che *dat esse rei.* Se la legge impone la rinnovazione delle ipoteche comuni ad ogni decennio, chi mai sosterrebbe la validità della rinnovazione fatta un giorno dopo, o perchè *quod parum distat nihil distare videtur*, come in diverso caso disse la Rota, o perchè la equità non permette la ruina del creditore per lieve ommissione; e questo dico per toccar di un esempio, fra tanti che si potrebbero notare. Stimo che ugualmente

Digitized by Google

inviolabile sia la parola della legge in quanto riguarda le qualità personali attribuitevi dal diritto ipotecario, sicchè non possa mai acquistarsi se non da coloro che sono nominatamente invitati; per conseguenza se la ipoteca legale è data sui beni del marito, sarà d'uopo avere la qualità di moglie per acquistarla. Che se a taluno pare che suocero e marito, moglie e nuora, si confondano nei rispettivi diritti ed obbligazioni per affinità di motivi, e per convergenza di scopi, così non parve alla legge, tacendo quello che poteva dir facilmente. Difatti, come io già avvertiva, quelle legislazioni che vollero colpire di tale ipoteca i beni degli ascendenti del marito (giacchè nella condizione del padre del marito si troverebbe anche l'avo che avesse ricevuta la dote, onde converrebbe vieppiù forzar l'estensione) ne fecero un capo espresso; poichè sentirono che una persona non poteva essere contenuta in un'altra, nè venire nello stesso nome.

5. E non può neppure farsi argomento dalla *identità*, come dice il ch. Autore, *dei termini* con cui *sono concepite la legge di Giustiniano e quella di Gregorio*; chè tale identità non si ravvisa. La dizione *ex parte mariti*, usata dal primo, è abbastanza diversa da quella semplicemente di *marito*, adoperata dal legislatore Pontefice. Quella è una espressione collettiva che abbraccia, o può abbracciare, tutti coloro che non sono il marito, ma per lui e in luogo suo assumono la obbligazione di restituire la dote; affatto singolare è la seconda. La legge pontificia risecò la espressione collettiva della giustinianea, e imitando piuttosto la francese, non contemplò che una sola persona: quella dello sposo.

I forti ingegni, amici leali della scienza, non temono di confessarsi in errore, e fanno bella quella sentenza che, il cangiar consiglio è del saggio. Noi però siamo in questa fede, che il ch. Autore ben giudicasse, giudicando nel suo primo voto che l'art. 2121. del codice francese non estendeva la ipoteca legale della moglie oltre i beni del marito. E così tenne l'universale di quei chiosatori, sino a non dubitarne. Contro ogni estensione parlava altamente l'articolo 2115. — *L'ipoteca non ha luogo che nei casi e secondo le forme autorizzate dalla legge.* — La ipoteca è una creazione della legge positiva. La regola è la libertà: il vincolo una eccezione; le eccezioni sono di una natura rigida e ristrettiva.

Digitized by Google

È vero che l'affetto di famiglia, e l'interesse della dotata giustificano la disposizione dov'esiste; forse anche la rendono desiderabile (almeno per chi crede utile la ipoteca legale) ma non la fanno nascere dove non è. Allora si tratterebbe di sapere se una legge è buona o cattiva; non se esista in un modo diverso.

6. Sono convinto che i nostri istituti ipotecarî siansi inspirati più largamente, userò questa frase di moda, dal codice di Francia che dalle leggi romane, non escluso il pontificio, benchè sciolto, più che qualche altro, da servile imitazione. E parlo di tutto quello che concerne la forma, giusta le distinzioni che ho premesse, perciocchè quanto al fondo del diritto, ogni codice moderno porta il suo tributo, come fiume, più o meno copioso, a quel mare d'ogni sapienza. Onde ci accade ad ogni passo di dover consultare gli scrittori francesi, anzichè gl'interpreti del diritto romano che sentiamo incompetenti a giudicare di un meccanismo ignoto ai loro tempi. Parmi che il ch. Autore ne convenga osservando, che il §. 117. *è il fac-simile dell'art.* 2121. *e perciò parla dei mariti e non ancora dei suoceri.* Tanto è vero che la impressione della legge che aveva regnato sino allora, di quella legge che aveva inaugurato il nuovo ordine dei fatti ipotecarî, possedeva la mente dei risorti legislatori, i quali, riformato in alcune parti l'edifizio, su quel fondamento fabbricavano. È facile persuadersi che tutti i troni ristaurati, non eccettuato neppure l'austriaco, accettarono come un risultamento indiscutibile della civiltà, progredita fra le rivoluzioni e le guerre, il sistema ipotecario, il sistema della pubblicità. Più avanti vi tornaron sopra con idee riflesse, conservarono, tolsero, mutarono: ma tutti serbarono le basi primitive del sistema, che subì le sue più profonde modificazioni sotto lo scettro imperiale. Siamo dunque intesi, che il diritto comune non fu mai la idea dominante nella ripetizione o nelle riforme del meccanismo originale. Pio VII., successore immediato del regnante straniero, ricopiò il concetto di quel codice che non vincolava alla ipoteca legale che i beni del marito; Leone XII. manifestamente ampliò il disposto *a carico degli altri che coi mariti, o separatamente da loro, avessero ricevuta la dote;* ma il terzo regolamento, quello di Gregorio XVI., ritornò alla prima lezione. Potentissimo argomento adducono però

Digitized by Google

i propugnatori di questa opinione. *Differenza non casuale o inconsiderata*, come pensa l'Autore; i legislatori non si presumono parlare a caso e inconsideratamente. Piuttosto, per l'onore che si deve al nostro, è forza ragionare che, revocate ad esame le due leggi, trovasse utile rinfrescare quella di Pio VII., e fosse *uno di quei miglioramenti* alle leggi del Pontefice antecessore laudate nel proemio del regolamento (*a*). Non so *qual esplicito e manifesto segno di bene avvertita e voluta differenza* avesse potuto darci il legislatore, oltre quello di ogni altro significantissimo, la rifusione della legge di Leone, e la soppressione di quella forma ampliativa che a lui era piaciuta, restringendo ancora la ipoteca ai beni *del marito*. Sapeva bensì di *lasciare in vita il diritto comune*, ma non *adoperava parole consimili*, come si è già avvertito. Sapeva *di lasciare in vita il diritto comune*, ma sapeva altresì che il diritto comune cadeva abrogato in tutte quelle parti nelle quali diversamente si disponesse. Sapeva che *il diritto comune era stato interpretato in senso comprensivo della persona dello suocero;* ma, lasciando stare che il diritto comune si esprimeva colla forma di papa Leone, ch'esso sopprimeva, questa considerazione, se non m'inganno, fa prova del contrario. Avvisato che la disposizione di Giustiniano a molti parve oscura, a tutti interpretabile, e che fu causa di non poche e gravi quistioni, il legislatore ne avrebbe avuto eccitamento a bene spiegarsi. E quindi, lungi dal sopprimere la forma ampliativa di papa Leone, vi avrebbe aggiunto luce e chiarezza con espressioni anche più esplicite ed evidenti; nè avrebbe passato sotto silenzio la persona dello *suocero*, se ai beni dello suocero voleva applicate le obbligazioni

(*a*) « Ma l'opera non sarebbe compiuta, se alle *nuove istituzioni* non venissero conformate quelle *leggi correttorie del comune diritto*, che con tanta sapienza promulgò lo stesso Pontefice (Pio VII.) sullo stato e capacità delle persone, sugli atti d'ultima volontà, sui fedecommessi, sui contratti, *sulle ipoteche;* e che sebbene in parte modificate dal di lui successore Leone XII. di felice memoria, *tuttavolta lasciavano desiderare un qualche miglioramento* ».

Digitized by Google

che imponeva al marito. Non dica il valente maestro che il legislatore nostro *doveva della sua legge aspettarsi* quello che avvenne della giustinianea. Primo, perchè doveva aspettarsi assai peggio quando, per venire a quell'intento, toglieva tutte quelle parole che aveano dato appoggio alla interpretazione forense a favore della nuora contro lo suocero; secondo, perchè doveva parergli una disgrazia abbastanza grande il farsi oscuro per avere il vantaggio di essere interpretato, come la legge antica.

7. Ma appunto perchè aveva gli occhi fissi nella legge francese, si ripiglia, *cadde in una di quelle ommissioni che da se medesimo avrebbe evitata di certo: essendochè la mente, allora che prende da altri non è mai tanto svegliata come allora che crea.* Qui si confessa *l'ommissione;* si confessa che il 2121. del codice francese fu la guida del 117. di papa Gregorio. *Se la mente non era svegliata* perchè non era creatrice ma imitatrice, ne consegue che dunque non vide che il marito e non il suocero; ma io dico che il legislatore non dormiva quando riformava la legge del suo antecessore: non si assume di riformare una legge senza avervi portato attento esame; sono i confronti che risvegliano e fanno acuta la mente. Gli argomenti che succedono non mi paiono quelli dello scrittore; ma quelli di un difensore ingegnoso in una causa molto cattiva.

Il legislatore, avendo sott'occhio a un tempo l'art. 2121. *del codice e l'art.* 30. *di Leone, può non aver voluto modificare la redazione di quello a tenore del più esplicito di questo,* per la ragione che *nol fece Giustiniano, nol fecero i legislatori francesi* (§. 29. detta Dissert. XII.). *Non è già chiaro* (avrebbe detto il legislatore a se stesso) *che questo caso comprende anche quello del secondo? Lo ha detto e insegnato la giurisprudenza universale. Dunque si lasci a questa di seguitarlo e dominare tuttora; e come fecero Giustiniano e Napoleone, io pure non degnerò di menzione che il caso più ovvio ed ordinario.*

Ripeto che Giustiniano si spiegò assai meglio di papa Gregorio (posto che il Pontefice avesse voluto, come Giustiniano, introdurre lo suocero nel campo ipotecario): e che si doveva almeno ricopiare dove disse *ex parte mariti:* quanto poi al codice, il legislatore avrebbe trovato chiaro ciò che tutti gl'interpreti

Digitized by Google

avrebbero trovato non solo *oscuro*, ma chiaro e lucido nel senso opposto, cioè della esclusione. Proporsi d'imitare quella chiarezza, *e non degnarsi di far menzione* dello suocero, *come caso tropp' ovvio e ordinario*, mi sia permesso dire con tutto il riguardo che merita l'illustre scrittore, è una idea affatto inconcepibile. Un legislatore si degna sempre di dire quello che vuole che si sappia. Ben altro che caso *ovvio ed ordinario* è quello di comprendere sotto una ipoteca generale un patrimonio non nominato; è affare d'importanza somma, e per l'oggetto che niuno può misurare, e per la persona interessantissima qual è la moglie e la nuora, i cui interessi male avrìa fatti il legislatore seminando ambagi e quistioni colla coscienza che una sua parola le potea troncare tutte d'un colpo. *Lasciar dominare la giurisprudenza* quando la legge è fatta per formulare il diritto e sottrarlo, possibilmente, al razionalismo dei dottrinarî, mi si perdoni, neppur questo è pensiero che si possa attribuire ad un legislatore nell'atto di formar la legge.

8. Papa Gregorio *cassava dal mondo* la legge del suo Antecessore, riformandola: io credo fermamente. Toglier una cosa che esiste nella legge che si ha sott'occhio, e che si esamina diligentemente per correggerla, ove occorra, equivale al non volerla. Tutte le leggi del Sovrano Pontefice possono chiamarsi Costituzioni Apostoliche, ma i motu-proprî legislativi, che sono il portato di tempi recenti, non sogliono appellarsi Costituzioni Apostoliche, o perchè con questo nome più specialmente s'intendano quelle disposizioni isolate che non rappresentano un corpo esteso di legislazione, o perchè avendo il loro nome particolare che li distingue, non si debba ricorrere al lato e generico appellativo; ed in effetto, serbando come fondo del diritto anche le Costituzioni Apostoliche, Gregorio XVI. non intese di conservare parte alcuna del codice ipotecario di Leone al quale sostituiva il proprio. Sento che i giudici di prima istanza e dell'appello che sedevano nel 1851. e 1852. pensassero altrimenti. Rispetto alla opinione di quegli autorevoli magistrati; ma i motivi stessi che il ch. Autore adducendo censura, sono argomento, che ci sono difficoltà che non si lasciano vincere dall'ingegno e dalla dottrina di chi le combatte.

Digitized by Google

Digitized by Google

INDICE ALFABETICO

DEL PRIMO VOLUME

Nella serie prima si annunciano i paragrafi progressi.
Nella seconda i numeri d' ogni paragrafo.
Nella terza le pagine.

A.

	Parag.	Numero	Pag.
ACCESSIONE — Come differisca da pertinenza	196.	——	483
AGGIUDICAZIONE — Addictio pignoris. Diritto Romano	28.	——	84
ALIENAZIONE — Del patto di non alienare il fondo ipotecato. Valido si cum *causa fiat*	92.	4.	257
Limitazioni e cautele necessarie ad osservarsi	92.	5.	258
Non si trova la quistione decisa dai Codici moderni	93.	1.	258
Dubbio rapporto al Codice Austriaco. .	93.	2.	259
Non è ammesso il patto fra pignorante e pignoratario di alienare il pegno senza le formalità prescritte	96.	——	261
Se l' erede apparente o putativo possa alienare o ipotecare i beni della eredità	144.	1.	371
Idem secondo il Diritto Romano . . .	147.	——	379
Idem secondo i moderni Codici . . .	149.	——	383
Alienazione fatta dal marito dei diritti stradotali. *V. moglie.*			

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Alienazione dei beni fidecommissari per causa dotale.			
V. fedecommesso.			
AMMINISTRATORE — V. Tutore.			
ANTICRESI — Natura particolare della anticresi. È distinta dal Pegno, quanto all'obbietto materiale	82.	1.	238
Altra distinzione — L'anticresista non ha l'actio pignoris — ma il diritto di ritenzione	82.	1.	239
Scopo diretto dell'anticresi	82.	2.	239
Consta di diverse nature di contratti . .	82.	2.	240
Anticresi espressa e tacita	82.	3.	240
Come il patto sostenga la legittimità della percezione anticretica	83.	1.	241
Facoltà di sciogliersi dall'anticresi coll'offerta della sorte e usure	83.	2.	241
Proibizione di Giustiniano. Diritto Canonico	83.	3. 4.	241
Proibizione del Codice Austriaco . . .	84.	——	242
Codice Sardo — Tassa legale	85.	1.	243
Difesa del creditore anticretico: la ritenzione	85.	2.	243
ASSICURAZIONE DELLA DOTE — V. Dote.			
AZIONE — Serviana data in origine a favore dei locatori dei predî urbani . .	3.	4.	20
Estensione della Serviana, che prova la tendenza ampliativa della giuridica pignoratizia	7.	3.	30
Azione quasi serviana o ipotecaria nata sotto il benefico influsso dell'arbitrio pretorio	7.	4.	31
AZIONE IPOTECARIA — Serviana o quasi serviana — o ipotecaria — vuole provata la proprietà nel debitore quando sottopose ad ipoteca il fondo che si perseguita in mano al terzo	33.	1. 2.	96

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Non così trattandosi d'ipoteca generale	33.	2.	97
Non si applica più al Pegno mobile . .	68.	3.	211
Azione ipotecaria contro una eredità beneficiata	75.	——	224
e	76.	——	225
AZIONE REALE (in caeteris V. Azione ipotecaria).			
Trasmutava la detenzione in un vero possesso	30.	1.	88
L'azione ipotecaria aveva un effetto men pieno	76.	——	—

B.

BANCHE IPOTECARIE — V. Credito.			
BUONA O MALA FEDE — Se e come influisca sulla conferma del pegno nullamente costituito	131.	——	353
e	137.	——	355
Buona o mala fede dell'erede apparente che ha ipotecati o alienati i fondi della eredità	144.	3.	371
Ragione morale e politica. Esame della nozione — *buona fede*	144.	5. 6.	372
Seguito	144.	7. 8.	372
Nozioni autorevoli. Codice Austriaco . .	144.	9.	375
Il possessore di buona fede non restituisce i frutti. Diritto Romano	145.	——	376
Effetto della buona fede dell'erede apparente in ordine all'azione che esercita contro i terzi	146.	——	377
Possessore di buona fede — Codice Austriaco	150.	2.	385
Del matrimonio annullato. *Buona o mala fede* dei coniugi onde si regola la sussistenza o annientamento della ipoteca .	242.	——	609

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
C.			
CAUZIONE — V. Fideiussione — Ipoteca.			
CAUZIONE PIGNORATIZIA — V. Pegno.			
CENSO riservativo e consegnativo producevano ipoteca	219.	1.	545
Della moralità del contratto di Censo — Diritto Canonico	219.	2.	546
Secondo le legislazioni moderne la costituzione della rendita è un contratto meramente personale	219.	3.	547
CLAUSOLA CAMERALE — V. Obbligazione Camerale.			
COMPROPRIETÀ — V. Condominio.			
COMUNIONE (dei coniugi).			
Origine e forma del sistema di comunione	221.	——	554
Che si comprenda nella comunione . .	221.	2.	555
Se la donna maritata col reggime della comunione, sia ammessa a perseguitare coll' azione ipotecaria coloro che acquistarono dal marito, senza il concorso di lei, i beni immobili compresi nella comunione	222.	——	258
Donde nasca la quistione	222.	——	558
Effetto della rinuncia	222.	2.	559
Opinione del Duranton	222.	4.	561
La cui opinione è preferibile e si prova	223.	——	562
Come l' acquirente possa guarentirsi colla purgazione dell' ipoteca legale . . .	224.	——	565
Sistema della comunione nel Regno delle Due Sicilie	225.	——	566
Codice di Sardegna	226.	——	568
Confronto critico fra il sistema dotale e la comunione	227.	——	569

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Comunione dei beni fra coniugi nel sistema Austriaco	339.	——	—
CONCORSO (dei creditori).			
La sistemazione dei diritti reali ha semplificata e regolata la lotta concursuale	34.	3.	101
Difficoltà in antico per fissare i punti giuridici e le prove delle prelazioni . .	34.	4.	101
Due doti, di primo e secondo matrimonio in concorso. Diritto Romano . .	276.	——	686
Concorso, diritti dotali, sistema Austriaco	338.	5.	—
CONDIZIONE — Obbligazione — Ipoteca .	105.	1.	283
Condizione *potestativa*	106.	1.	284
Se sia valida la ipoteca fondata sopra una obbligazione meramente potestativa .	106.	4.	285
Specie proposta dai giureconsulti romani	107.	——	285
L'obbligazione in massima è nulla anche secondo i Codici Sardo, Napolitano, Estense, Parmense	107.	2.	286
Degli elementi che s'introducono nella quistione per cui si disputa fra gli autori sulla sussistenza della detta ipoteca	108.	——	286
Banchiere — Credito aperto	108.	2.	288
Giurisprudenza dei tribunali	109.	——	291
Assurdo negare la validità originale della ipoteca sotto condizione potestativa, e ammetterne la efficacia ad ogni tratto che la promessa è adempita . . .	110.	——	292
Ove consista la difficoltà vera della quistione	111.	——	295
Dell'elemento d'ordine pubblico che vi s'introduce e come debba apprezzarsi	112.	——	299
Ipoteca sotto condizione mista	113.	——	304
Condizione sospensiva - resolutiva - erede - legatario	161.	——	405

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Dell' usufrutto costituito ad diem o sub conditione	209.	——	519
CONDOMINIO — Diritto Romano — Ipoteca posta dal socio o coerede sul fondo comune	122.	1. 2. 3.	323
Alienazione del condomino	122.	4.	324
Sistema francese	124.	——	327
Giurisprudenza rotale	125.	——	329
Codici Napolitano, Sardo, Estense, Parmense, Toscano — conformi al francese	126.	——	331
È pure la giurisprudenza del Codice Austriaco	127.	——	333
CONIUGI — Ipoteca tacita sui beni dei coniugi passati a seconde nozze . . .	9.	5.	37
CONTRATTO DI FIDUCIA — Differenza fra la costituzione del Pegno e il contratto fiduciario	4.	——	21
Azione fiduciaria diretta a contratto . .	4.	——	22
CONVENZIONI MATRIMONIALI — V. Dote.			
CREDITO — Idee generali	1.	2.	17
Cosa è il Credito	2.	——	18
Ancora	20.	2.	70
Sua simpatia colla specialità della ipoteca	22.	1.	75
Credito fondiario. Credito Agrario . .	63.	——	181
Mobilizzazione del suolo	63.	1.	181
Sistema cedulare	36.	——	—
Società di credito fondiario	ib.	——	—
Idee e tentativi diretti all' organizzazione del credito	63.	2.	183
Credito fondiario — Solo nella specialità della ipoteca può trovare stabilità e certezza	143.	1.	365
In antico. Distrutto dalla ipoteca . . .	23.	——	17
Il criterio della cauzione a cui si affida,			

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
regola quel sentimento che sta in proporzione coi gradi di sicurezza che sono nella opinione di ciascuno . . .	34.	1.	100
CREDITO APERTO — V. Credito.			
CURA — CURATORI — V. Tutori.			

D.

DATA — Diritto francese — Data della ipoteca legale a sicurezza della dote e convenzioni matrimoniali	233.	——	582
Continua	234.	——	587
Data della ipoteca legale dei futuri acquisti che la moglie si è costituiti in dote	239.	——	599
Se nel contratto matrimoniale è stabilita la somma dotale, la *data* della ipoteca tacita, decorre dal giorno del matrimonio, ancorchè la numerazione segua in tempo posteriore	240.	——	603
Data della ipoteca dei parafernali . .	243.	——	610
Discussioni	244.	——	613
Ipoteca a titolo d'indennità degli estradotali — *Data*	245.	1.	614
Se la ipoteca d'indennità, trattandosi di *dotali*, abbia la stessa data, o si riferisca al contratto di matrimonio — Contro Troplong	246.	——	616
Diritto Romano	246.	2.	617
Codice Francese	246.	3.	618
Concorso sul prezzo dei beni del marito. La moglie ha diritto di esservi collocata col grado del giorno della vendita	248.	——	623
Data della ipoteca legale della moglie — *Stato Pontificio*	258.	——	643

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Data della ipoteca matrimoniale. Codici Siciliano e Sardo	322.	——	—
Data ipotecaria delle donazioni matrimoniali. Cod. fr. Cod. Sardo	323.	——	—
Data della ipoteca tutoria	362.	——	—
DECIME — Sono capaci d'ipoteca quando si rispondono in luogo di canoni . .	216.	——	539
DESTINAZIONE — V. Mobili — Immobili.			
DIRITTO DI POSSESSO — V. Possesso.			
DIRITTO DI PROPRIETÀ — Deve necessariamente preceder quello del pegno e della ipoteca	20.	1.	69
N'è la base — V. Dominio	ib.	——	—
DIRITTI REALI — Nozione dei diritti reali (Diritto di possesso) V. Possesso . .	15.	2.	55
Divisione fondamentale dei diritti reali e personali	69.	1.	211
È logicamente fondata sull'oggetto . .	69.	2.	211
Tendenza e scopo del jus ad rem . .	69.	2.	212
Il jus in re comprende l'elemento del dominio	69.	3.	213
Il diritto reale conosciuto sotto il nome d'ipotca è nel nostro dominio . . .	70.	1.	213
Considerazioni a compimento della teorica dei diritti reali	71.	——	216
Della forma del jus in re - dominio - possesso - servitù - superficie - enfiteusi - pegno e ipoteca	71.	2.	216
Differenze fra quelle varie categorie dei diritti reali	71.	2.	216
Jus haereditarium — non va classificato fra i diritti reali	71.	4.	219
Cause per cui i diritti reali si risolvono — Considerazioni generali	151.	——	390
Risoluzione — Novazione — Preesistenza — *V. Dominio*	—.	——	—

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
DIRITTO ROMANO — Perchè, molto dopo la caduta dell' Impero, si chiamasse comune	37.	——	109
Conservazione dei municipî sotto i re barbari	38.	——	110
Il diritto romano si è mantenuto in vigore anche in quella lunga epoca storica	39.	1. 3.	111
Coesistenza dei diritti romano e germanico	39.	2.	112
Epoca feudale	40.	——	115
La legislazione romana e germanica in presenza	41.	——	117
Come influissero a vicenda l' una sull'altra e si modificassero	42.	——	119
Modificazione introdotta dai francesi sulla Ipoteca del sistema romano	49.	3,4,5,6,7.	135
Ipoteca prodotta dal giudicato	49.	8.	138
Ipoteca legale	49.	9.	139
DOMINIO — Proprietà — V. Dominio.			
Nozione (secondaria) del concetto — *Dominio*	114.	——	303
Definizione data da alcuni Codici	ib.	——	—
Di alcune differenze fra il concetto *Proprietà* e *Dominio*	114.	3.	304
In due tempi dee verificarsi il dominio del debitore trattandosi d' Ipoteca convenzionale	115.	——	305
Stabilire il punto in cui si acquista il dominio onde conoscere a quale dei due creditori successivamente iscritti debba darsi la preferenza	116.	——	307
Dominio sopravvenuto al debitore che ipoteca la casa non sua, se e quando si confermi la obbligazione ipotecaria	128.	——	337
Si ritiene necessario un diritto precedente almeno personale ad rem	129.	——	339

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Quali condizioni giuridiche si richieggano onde un diritto precedente possa dirsi sufficiente a legittimare la retroazione di una ipoteca posteriore . .	130.	——	342
Osservazioni sulla Teorica di Papiniano	131.	——	343
Dell' acquisto posteriore del dominio non fondato in veruna causa precedente .	132.	——	346
Del diritto che ci appartiene imperfettamente prima della costituzione della ipoteca; e della pienezza dell' acquisto posteriore	133.	——	347
Della equità che supplisce al diritto nel creditore di buona fede	134.	——	348
Se la scienza del creditore convalidi il pegno o la ipoteca originalmente nulla	135.	——	350
Continua la discussione contro il Voet .	136.	——	353
Opinioni di Merlin e Troplong	137.	——	355
Patti speciali abili a modificare la regola generale	138.	——	356
Il pegno nullo si convalida ex dominio supervento — V. *Ipoteca speciale* . . .	139.	——	357
Jus superventum — retroattività ipotecaria — compatibile coll' attuale sistema della pubblicità	143.	——	365
La presenza del Dominio del debitore è condizione essenziale della specialità .	144.	1.	371
Considerazioni generali sulle cause per cui il dominio si risolve	151.	——	390
Del patto commissorio nella vendita e nell' addictio in diem come causa eminentemente risolutiva	152.	——	392
Risoluzione delle ipoteche per cessazione del dominio enfiteutico o diretto — V. *Enfiteusi*.			
Dominio sui frutti — V. *Frutti*.			
Dominio dell' usufrutto — V. *Usufrutto*.			

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
DOMINIO DIRETTO) V. *Enfiteusi.*			
DOMINIO UTILE)			
DONAZIONE — Revoca della donazione per sopravenienza di figli. Quid della ipoteca?	174.	——	427
Donazione rescissa per ingratitudine. Teoria generale	175.	——	428
Della riduzione delle ipoteche eccessive, e conseguente riduzione delle ipoteche	176.	——	432
Istituzioni relative del Codice francese.	176.	2.	433
Della riduzione della donazione fra vivi giusta le istituzioni di Sardegna, Parma ecc.	176.	3. 5.	434
Disposizioni del Codice austriaco . . .	176.	4.	434
Se la donazione è simulata sotto specie di vendita, in modo che i terzi non possano dall'estrinseco aspetto dell'atto percepire la simulazione, le alienazioni e le ipoteche a carico del donatario, sono valide	177.	——	435
DONNE — V. *Moglie.*			
Pel S. C. Vellejano non possono far fideiussione	101.	2.	272
Soggezione politica a cui erano soggette per Diritto Longobardo. Stato Pontificio. Cauzione ipotecaria. Malleveria del terzo	102.	1.	277
Toscana	ib.	——	—
In Toscana le femmine sono escluse dalla successione paterna e materna in concorso dei maschi, e in qual modo .	330.	——	794
Ritengono la legittima *jure dominii* . .	331.	——	796
Beneficio della separazione a favore delle femmine escluse	332.	——	797
DOTE — Giustiniano — Sistemazione economica della dote	10.	1. 2.	38

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Alcune linee storiche	10.	3.	39
Cenni sul sistema dotale antico . . .	220.	——	558
Il sistema dotale e la Comunione . .	227.	——	569
Che intendiamo sotto l'espressione *di Dote* e convenzioni matrimoniali	235.	——	590
Differenza dei beni dotali dai parafernali (V. Ipoteca legale. Mogli).	236.	1.	592
Il D.° R.° permette di costituire in dote i futuri acquisti — la data è l'obbligazione	239.	1.	599
Concetto degli antichi	ib.	——	—
Quanto avanzasse quello dei francesi .	ib.	——	—
Somma dotale stabilita nel contratto. Numerazione non seguìta. Data della ipoteca *tacita*. Diritto francese	240.	——	603
Prova della numerazione; autenticità delle quietanze dotali	241.	——	607
Indennità per l'alienazione dei dotali. Ipoteca — Data	246.	——	616
Diritto di collocamento sul prezzo dei beni del marito alienante. Quistione grave	247.	——	620
La data della ipoteca esercibile in concorso a quella della vendita. Diritto francese	248.	——	623
Della semplice *promessa* della dote che effetto produca	261.	2. 3.	651
Se il marito possa prendere ipoteca in forza di una semplice promessa di dote	261.	5.	653
Moglie ricca — Dote non promessa . .	262.	——	653
Caratteri della dote *quantitativa*, e delle regole principali per distinguerla dalla qualitativa	263.	——	655
Diritto di soddisfacimento — se in confronto delle leggi ipotecarie le norme della dote qualitativa o quantitativa siano smarrite	264.	——	658

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Continua l'argomento della dote qualitativa e quantitativa per gli effetti ipotecarî	265.	——	660
Dote promessa in quantità se consegnata in realtà il bene passi in proprietà del marito, restando la moglie creditrice della quantità. Quistioni sulla stima .	266.	——	661
Se la ipoteca possa iscriversi prima della effettuazione della stima	266.	9.	664
Dote — Investimento	267.	——	665
Se la moglie abbia diritto d'ipoteca generale sui beni del marito, malgrado la sua dote consista nel fondo inestimato. .	268.	——	665
Dei documenti in appoggio dei quali s'iscriva la ipoteca della dote	270.	——	670
Il privilegio della dote è concesso all'azione — Diritto Romano	272.	1.	677
Diritto ipotecario dotale discende negli eredi	272.	2.	677
Privilegio della L. assiduis — trasmissibile nei figli soltanto	272.	3.	678
Se col sistema del Codice Napoleone cessasse col matrimonio il privilegio della ipoteca tacita legale per dar luogo alla iscrizione	273.	——	679
Del concorso di due doti di primo e secondo matrimonio, e del beneficio della L. 30. C. de jure dotium . . .	276.	——	686
Dote profettizia. Ritorno al padre. Secondo matrimonio e costituzione della stessa dote. Destino delle ipoteche intermedie a carico del padre	277.	——	688
La dote profettizia, morto il padre e l'avo, rimane proprietà della dotata . . .	277.	6.	691
Dote evitta, reviviscenza di diritto; se e come possa dirsi riviver la ipoteca dotale	278.	——	691

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Della assicurazione della dote, *viro ad inopiam vergente*	279.	——	693
Seguita l'argomento dell'assicurazione della dote — *Stato Pontificio*	280.	——	695
Come la dote sia ricavabile dai beni soggetti a fedecommesso. (V. Fedecommesso).			
Dote — Legittima. V. *Legittima.*			
Pena della doppia dotazione a carico dei non iscriventi. — Diritto Pontificio .	309.	——	751
Della dote spirituale	310.	——	752
Dote in quanto all' Aumento — matrimonio durante — Codici di N.i S.a M.a Par.e P.a e T.a	326.	——	786
L' ipoteca dotale si restringe ai beni del marito — Codici di N.i e P.a . . .	327.	——	788
Si estende ai beni degli ascendenti del marito secondo i Codici di S.a M.a e T.a	328.	——	788
Dati di confronto del sistema dotale Austriaco cogli altri codici d' Italia . .	339.	1. 2. 3.	808
Garanzia della dote secondo il Codice Universale tolta di mezzo la ipoteca legale	339.	4.	809

E.

ENFITEUSI — Ipoteca che si risolve per cessazione del dominio enfiteutico. Idee preliminari	162.	——	406
Dei miglioramenti come patrimonio dell'enfiteuta. Devoluzione. Caducità. Considerazioni generali	163.	——	407
Seguita il parlare della devoluzione e caducità dei beni livellarî e della risolubilità ipotecaria giusta il D. Comune e LL. pontificie	164.	——	409

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Cause più frequenti della caducità . .	164.	2.	411
Volontarietà — *necessitas juris* — . .	164.	3.	412
Se la rescissione è volontaria la ipoteca non cade	165.	——	413
Risolubilità della ipoteca nei livelli affrancabili	166.	——	414
Le ipoteche imposte dall'enfiteuta continuano quando il dominio si è consolidato nel direttario per effetto della prelazione	167.	——	415
Cenni sul sistema livellare delle Due Sicilie	168.	——	416
Enfiteusi di S.ª	169.	——	417
Enfiteusi modonesi	170.	——	418
Livelli Toscani	171.	——	419
Del sistema enfiteutico vigente nello Stato Austriaco e risolubilità della ipoteca .	172.	——	421
Alcune idee conclusionali	173.	——	426
Stato della giurisprudenza enfiteutica in Francia al tempo delle discussioni sul codice	213.	——	529
Se giusta il Codice francese il gius d'enfiteusi sia capace d'ipoteca	214.	——	533
Se il gius del locatario a lungo tempo sia suscettibile d'ipoteca	215.	——	535
Negativamente. Differenza dalla enfiteusi	215.	4.	538
Del patto con cui è proibito d'ipotecare il dominio diretto ed utile	217.	——	540
EREDI — EREDITÀ — Solidalmente responsabili nei loro beni quanto alle ipoteche dell'autore	74.	2.	223
Eredità beneficiata ha diritto di godere del termine dell'inventario prima di essere colpita dal creditore ipotecario	75.	——	224
Passata del termine. Eredi indivisi . .	76.	——	225

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Se il debitore che ipotecò nullamente il fondo alienato diventa erede del proprietario	143.	2.	366
Erede apparente	144.	1.	371
Che ha alienato o ipotecati i fondi . .	ib.	——	—
Se debba restituire i frutti	144.	3.	371
Se i successori potranno essere o no colpiti dalle azioni del vero erede. *Quistione* di buona o mala fede	144.	3.	371
Esame di queste nozioni	144.	5. 6.	372
Giusta il Codice Austriaco	144.	9.	375
Effetto della buona fede dell' erede *apparente* in ordine alle azioni che esercita contro i terzi	146.	——	377
L' erede *apparente*, se poteva alienare, non poteva ipotecare. D. R.	147.	——	379
Secondo il diritto di N.i S.a M.a e P.a non può nè alienare nè dare in ipoteca .	149.	——	383
Diritto Austriaco	150.	——	384
Delle nozioni che presenta il Cod. Aust. sulla facoltà dell' erede putativo di buona fede	150.	4.	386
Eredi e legatarî condizionali, nel duplice concorso della condizione sospensiva e risolutiva	161.	——	405
Erede obbligato a cedere gl' immobili a favore di un terzo sotto condizione; legatario che li riceve sotto la condizione opposta. E della ipoteca che rispettivamente possa imporsi da costoro .	ib.	——	—
Erede minore — restituzione in intiero — Ipoteche	182.	——	444
Eredi delle donne maritate quanto alla trasmissione dei loro diritti ipotecarî .	319.	——	772
Dello stesso soggetto. Gius positivo dei moderni codici	320.	——	773

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
EQUITÀ — Soccorre il creditore di buona fede	135.	1.	350
ESCUSSIONE — Del fondo dotale, prima di colpire quelli che sono ipotecati in subsidium	269.	2.	668

F.

FALLIMENTO (del marito).			
Ipoteca della moglie (V. mogli di commercianti).			
Dottrina del Pont in relazione alla francese del 1838. — Appendice I. . .	—.	8.	877
Dottrina del Pardessus	—.	9.	877
Inapplicabili entrambi secondo le legislazioni italiane	—.	10.	878
FEDECOMMESSO — Come il fedecommesso sia ipotecabile a favore delle figlie per oggetto dotale	282.	——	702
Per regola, la ipoteca generale che la figlia iscrive a carico dei beni della successione, o di quelli del padre obbligato a dotarla, colpisce eziandio i beni da lui sottoposti a fedecommesso .	282.	3.	703
Amplia. Benchè il fedecommesso preceda il matrimonio o costituzione di dote .	283.	——	704
Vera ragione dell' Autentica	284.	——	705
La dote che si estrae dal fedecommesso non dev'eccedere la giusta misura, benchè possa eziandio assorbire la intera sostanza fedecommissaria	285.	——	705
Casi speciali che interessano l' applicazione dell' Autentica	286.	——	707
Estrazione della dote dai frutti del fedecommesso	287.	——	708

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Della dote da costituirsi o da restituirsi coi beni del fedecommesso in quanto siano posseduti dal padre del marito, o dai coeredi in distinte porzioni . .	288.	——	709
Applicazione dell' Autentica. Figli di primo grado, nipoti, pronipoti, discendenti	289.	——	711
Quid se il testatore proibisce la estrazione delle doti dal fedecommesso? . .	290.	——	712
Delle qualità e prerogative che si ricercano in coloro che reclamano il beneficio dell' Autentica	291.	——	713
Della trasmissibilità e cessibilità del diritto	292.	——	714
Ritorno dei beni al fedecommesso; se sia possibile dopo l' alienazione dei beni per giusta e legittima causa dotale. .	293.	——	716
Dell' alienazione in causa della restituzione della dote	294.	——	717
Decadenza del beneficio	295.	——	720
Reintegrazione del fedecommesso . . .	296.	——	721
Applicazioni Ipotecarie. Idee generali .	297.	——	723
Iscrizione. È necessaria a perseguitare per causa dotale i beni del fedecommesso esistente presso terzi	298.	——	724
Per escludere questa necessità converrebbe provare che la donna ha un *jus dominii*	298.	1.	724
Quid se la dote è dovuta *loco legitimae?*	298.	2.	725
Se il gius sussidiario che deriva dall' Autentica sia negli stessi termini di diritto che ha la dote loco legitimae . .	298.	3. 4. 5.	726
Iscrizione della ipoteca a garanzia della dote costituenda.			
Si deve nominatamente estendere agl' immobili del fedecommesso	299.	1. 2. 3.	728

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Quid rapporto al diritto di restituzione?	299.	4.	729
Se e come il fedecommesso possa ipotecarsi e alienarsi a favore dei terzi .	300.	——	730
Situazione della donna che invoca il beneficio dell' Autentica a fronte delle distrazioni, e delle ipoteche costituite dall' erede gravato	301.	——	732
Efficacia della ipoteca quanto al fedecommesso futuro	302.	——	734
La ipoteca che deriva dall' Autentica si pospone a quella dei creditori del defunto; ma è anteposta a quella dei legatarî	303.	——	735
Delle ipoteche iscritte sui beni del fedecommesso diversamente operanti nei casi di reversione risolutiva o continuativa	304.	——	735
Numerate regole e corollarî	305.	——	738
N. B. Tutte queste dottrine riguardano il *Diritto Comune e Pontificio.*			
FIDEIUSSIONE — FIDEIUSSORI.			
Attinenze prossime delle cauzioni fideiussorie alle pignoratizie e ipotecarie. .	100.	1.	269.
Differenza fra codeste cauzioni quando la fideiussione si aggiunge ad obbligazione civilmente invalida	100.	1. 2.	270
La fideiussione è vietata alla donna dal S. C. Vellejano	101.	2.	272
È vietata nelle doti	ib.	——	—
Fideiussione del figlio di famiglia a favore del padre e viceversa	101.	3.	272
È nulla la fideiussione addiecta alla obbligazione radicalmente invalida della donna — Stato Pontificio — T.ª . . .	102.	2. 3.	278
La fideiussione è valida, posta una obbligazione annullabile per una eccezione personale dell' obbligato — Cod. N. S. M. e Par.	103.	1.	278

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Investigazione sulle nullità assolute e relative	103.	2.	279
Su questa materia -- Cod. Austriaco . .	104.	——	280
FIDUCIA — V. Contratto di fiducia.			
FIGLIO DI FAMIGLIA.			
Cauzione fideiussoria del figlio di famiglia a favore del padre e viceversa — V. *Patria Podestà* -- *Padre*	101.	3.	272
FISCO -- Ipoteca tacita fiscale	11.	——	40
Base: interesse dello Stato. Sistema delle pubbliche imposte presso i romani .	11.	2. 3.	42
FORMULA CAMERALE -- V. Obbligazione Camerale.			
FRUTTI -- Acquisto del dominio e possesso dei frutti divisi dal suolo. Proudhon -- Savigny ec.	197.	1.	484
Frutti naturali-industriali	197.	1. 2.	484
Della immobilizzazione dei frutti quanto agli effetti ipotecarî. -- V. *Usufrutto* .	198.	——	489
FURIOSO — Nullità della sua obbligazione	101.	4.	272

G.

GARANZIA — V. Pegno. Ipoteca.

I.

IMMOBILE — Del concetto — *Immobile*, e delle varie sue applicazioni	188.	——	462
Immobile di destinazione; immobile di relazione	188.	2.	463
Immobile fisico. Immobile giuridico . .	188.	3.	464
Sull' immobilizzazione per causa di destinazione -- V. *Mobili*.			
Immobilizzazione dei frutti -- V. *Frutti*.			

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
INDENNITÀ dovuta alle mogli — V. *Moglie.*			
INDIVIDUITÀ — La individuità ipotecaria non trova verun pronunciato dogmatico nel Diritto Romano	73.	1.	221
Delle fonti da cui deriva la dottrina della individuità ipotecaria	ib.	——	—
Nozioni giuridiche sparse nel corpo del diritto	73.	2.	221
Solidarietà ipotecaria degli eredi . . .	74.	2.	222
Individuità ipotecaria. Disposizioni dei Codici moderni	77.	——	226
Limitazioni alla dottrina della individuità ipotecaria. Patto. Riduzione. Escussione. Fallimento. Concorso. Processo di purgazione	78.	——	228
Eccezione ulteriore. Legatarî. Separazione dei beni ereditarî	79.	——	231
Teoria della individuità ipotecaria . .	80.	——	233
Della solidarietà convenzionale . . .	81.	1.	236
Solidarietà personale può produrre la reale	81.	2.	237
INTERDETTO SALVIANO — Sua probabile origine dall'antico sistema eccezionale impartito dal Diritto Romano ai legatarî a carico dei beni della eredità . . .	12.	4.	47
Autore dell'Interdetto Salviano. Editto. Periodo legislativo da Commodo a Giustiniano	32.	1.	94
Nozioni storiche. Natura dell'Interdetto Salviano	32.	2.	95
Interdetto Salviano utile	ib.	——	—
Bastava provare il possesso del debitore al tempo del pignoramento	33.	3.	97
Anche comprovato dalla clausula del Costituto	ib.	——	—
L'azione del Salviano limitata al frutto. Suoi vantaggi e popolarità	33.	4.	98

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Come immoralmente oltrepassasse anche gli effetti della ipotecaria	33.	5.	99
Interdetto Salviano — deroga — leggi ipotecarie	264.	1	658
IPOTECA — V. Pegno — Azione ipotecaria — Diritti reali — Interdetto Salviano.			
IPOTECA IN GENERE — Nozione della funzione economica della ipoteca non ben conosciuta dagli antichi . . .	1.	1.	16
Relazioni dell'Ipoteca e del Credito .	1.	1. 2.	16
Dell'azione quasi Serviana mutuata dal Pegno alla ipoteca	3.	4.	20
La istituzione ipotecaria non ebbe un linguaggio suo proprio nelle leggi romane	5.	——	22
Caratteri essenziali del Pegno e della Ipoteca	5.	2.	23
La costituzione della Ipoteca non era soggetta in antico a solennità di forme .	6.	——	24
Anche il mobile era capace d'ipoteca secondo il Diritto Romano	6.	1.	25
Come pegno e ipoteca in antico si confondessero	6.	3.	25
Fondamento primo del credito è l'autenticità dell'atto costitutivo della ipoteca	6.	4.	26
Estensioni incongrue e strane fatte dalla giurisprudenza al diritto d'ipoteca . .	6.	5.	27
Il peggior male consistere nell'arbitrio .	6.	5.	28
Divisione delle Ipoteche in pubbliche e private	13.	——	49
Disordine di quel sistema. Costituzione dell'Imperatore Leone: come fosse ingiusta nelle sue conseguenze . . .	13.	——	51
Soggetto passivo della ipoteca. Prova la imperfezione del sistema romano . .	16.	——	57

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Transito della personalità materiale alla reale	16.	1.	58
Nomine debitorum — Obbligazione dei beni — Azioni future	16.	3. 4.	59
Pecunia. Difficoltà di agire ipotecariamente sul denaro, crediti, azioni . . .	17.	2.	60
Escussione nel rapporto di quel sistema .	17.	3. 4.	62
Di altri materiali della ipoteca. Antica milizia	18.	1.	64
La base della inabilità di dare in ipoteca le cose altrui è il difetto di proprietà	20.	1.	69
Come invece e perchè si possono obbligare i beni futuri	20.	2.	70
Quid se il creditore sapeva che la cosa era d'altrui?	20.	2.	71
L'obbligazione invalida si convalida coll'acquisto del dominio o della ratifica	20.	4.	72
Ordinamento territoriale adottato nell'interesse dei signori feudali, preludio della moderna Ipoteca	43.	—	121
Storia dei primi tentativi della pubblicità ipotecaria	44.	—	122
— Repubblica di Venezia	45.	—	123
— Stato di Milano	46.	1.	127
— Toscana	46.	3.	128
— Genova	46.	4.	129
— Modena	46.	5.	129
— Parma, Piacenza ecc.	46.	6.	130
— Dominî Pontificî	47.	1. 2. 3.	130
— Regno di Napoli	47.	4.	133
Legislazioni ipotecarie del secolo XVIII.	48.	—	134
Assetto ipotecario in Francia prima della legge di Messidoro nei paesi di diritto scritto	49.	—	135
Idem nei paesi consuetudinarî. Nantissement	50.	1.	139

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Immissione di fatto in possesso. Mise de fait	50.	2. 3. 4.	140
Sistema di purgazione ipotecaria secondo l'editto del 1771	51.	——	143
La definizione rigorosa della ipoteca non si deve cercare nella legge	64.	——	203
Essa però è definita dal Codice Toscano	64.	3.	205
Elementi con cui costruire una definizione della ipoteca	65.	——	206
Funzione giuridica della ipoteca . . .	65.	2.	206
Perchè nell'ordine scientifico la ipoteca occupi un luogo superiore a quello del privilegio	66.	——	207
La superiorità della Ipoteca su quella del Pegno, come istituzione, dipende dalla sua maggior importanza d'attualità .	67.	——	207
Il concetto Ipoteca entra fra le determinazioni metafisiche del *jus in re* . .	71.	2.	216
Il diritto d'ipoteca è individuo . . .	73.	1.	221
L'integrità del diritto d'ipoteca nasce dal diritto di scelta	73.	2.	221
Assenza di norme dogmatiche nel Diritto Romano	73.	——	221
Come gli eredi siano ipotecariamente solidali	74.	2.	223
Individuità ipotecaria. Disposizioni dei Codici Moderni (V. Individuità) . . .	77.	——	226
Ipoteca applicata ad obbligazione contratta sotto condizione causale	105.	——	282
Riceve forma dalla obbligazione . . .	105.	——	283
Della ipoteca fondata sopra una obbligazione dipendente da condizione potestativa	106.	——	284
In massima tale ipoteca è inconsistente. — Diritto Romano	107.	1.	285
Diritto S. N. E. Par.	107.	2.	286

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Degli elementi che s'introducono nelle quistioni disputate fra gli autori sulla sussistenza della predetta Ipoteca . .	108.	——	286
Banchiere — Credito aperto	108.	2.	288
Della giurisprudenza dei tribunali favorevole al sostegno della ipoteca . . .	109.	——	291
Come sia assurdo nel sistema della pubblicità non riconoscere la validità originale della ipoteca in condizione potestativa, e ammetterne la efficacia al momento in cui la promessa ebbe adempimento	110.	——	292
Ove consista la difficoltà vera della quistione	111.	——	295
Dell'elemento d'ordine pubblico che v'introduce e come debba apprezzarsi . .	112.	——	299
Si risolve favorevolmente alla efficacia iniziale della ipoteca	ib.	——	—
Ipoteca sotto condizione mista	113.	——	301
Ipoteca sui beni indivisi	122.	——	322
Per il Diritto Romano la ipoteca costituita dal socio o coerede sul fondo comune durava nello stesso stato anche dopo la divisione	122.	1. 2.	322
Logica di questo sistema	122.	3.	323
Come questo principio non seguisse nella vera alienazione	122.	4.	324
Perniciosi effetti del sistema Romano .	123.	——	325
Novità introdotta dalla legge francese .	124.	——	327
Giurisprudenza rotale	125.	——	329
Nel Cod. N.° S.° E.e Par.e T.° è adottato il sistema francese	126.	——	331
Deve accettarsi la stessa conclusione rapporto al Codice Austriaco	127.	——	333
Oggetto fisico e metafisico della ipoteca	131.	2.	344

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Della ipoteca che si risolve risolvendosi il dominio del debitore.			
Considerazioni generali	151.	——	391
Del patto commissorio nella vendita e dell'addictio in diem come causa eminentemente risolutiva del dominio . .	152.	——	392
Patto di ricupera. Condizione sospensiva risolutiva. Destino della ipoteca . .	154.	——	397
Idem	155.	——	399
Ipoteche sul prezzo della ricompra . .	156.	——	400
Risoluzione della ipoteca per cessare della sostituzione fedecommissaria . . .	160.	——	404
Ipoteca in quanto possa imporsi rispettivamente dall' erede e legatario condizionali	161.	——	405
Della risoluzione delle ipoteche per cessazione del dominio enfiteutico o diretto — V. *Enfiteusi.*			
Della risoluzione delle ipoteche in ordine a donazioni che si annullano e si rescindono — V. *Donazione.*			
E quando il contratto di vendita si rescinda o si annulli per lesione enorme ed enormissima — V. *Lesione.*			
Rivendicazione. Prima di esercitare questo diritto sull'immobile che ci appartiene, può soggettarsi ad ipoteca . . .	183.	1.	445
Ipoteca sui mobili immobilizzati per destinazione — V. *Mobili* — *Immobili.*			
Natura della ipoteca che cade sugl'immobili per destinazione	194.	——	478
Due casi nei quali la disposizione può aver valore pratico e reale	194.	2. 3.	479
Una decisione	195.	——	481
Ipoteca dell' *Usufrutto* — V. *Usufrutto.*			
Il legato annuo è capace d'ipoteca . . .	210.	2.	521

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Ipoteca sul dominio diretto e utile — V. *Enfiteusi.*			
Ipoteca sui frutti nella locazione a lungo tempo. Non si ammette — V. *Locazione*	215.	2.	536
Ipoteca sulle Decime	216.	——	539
Facoltà d'ipoteca negata ai proprietari delle logge o palchi del Teatro . . .	218.	——	542
IPOTECA LEGALE — Natura della ipoteca legale	228.	——	571
Che s'intenda per ipoteca *tacita* . . .	229.	——	572
Come la ipoteca legale differisca dal privilegio	230.	——	574
Della ipoteca legale delle mogli secondo la giurisprudenza romana	231.	——	575
Organizzazione della ipoteca legale delle mogli secondo il sistema francese . .	232.	——	581
Se dal giorno del *matrimonio* — o da quello del *contratto* — si misura la data della ipoteca della moglie	233.	——	582
Quistioni	ib.	——	—
L'autore opina che dal giorno del matrimonio e non dal contratto . . .	234.	——	587
Se esistano due specie d'ipoteche legali (D.° francese) altre *iscrivibili e altre no*	238.	1.	597
Delle ipoteche delle mogli che s'iscrivono	238.	2.	598
Futuri acquisti costituiti in dote — Data ipotecaria	239.	——	599
Indole di detto diritto — Discussioni .	ib.	——	—
Data della ipoteca tacita quando la somma dotale è concordata non numerata	240.	——	603
Se annullato il matrimonio, vada in nulla la ipoteca tacita dotale	242.	——	609
Data della ipoteca dei parafernali . .	243.	——	610
Idem	244.	——	613

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Ipoteca per l'indennità delle alienazioni dei parafernali. D.° francese . . .	245.	—	614
Delle ipoteche legali di titolo anteriore — Editto 25 Ottobre 1808	249.	—	626
Retroattività	250.	—	629
Editto del 1809. per gli Stati Romani .	251.	—	629
Se e come quegli editti conservassero i privilegî e i diritti delle donne maritate anteriormente	252.	—	630
Continuazione	253.	—	633
Estensione della ipoteca dotale della moglie. Come si limiti dalla convenzione. D.° Pont.°	257.	—	640
Data di detta ipoteca. D.° Pont.° . . .	258.	—	643
Formula dello S.° Pont.° — Dote assegnata ed esecuzione dei patti dotali — Cosa contenga	260.	—	648
Iscrizione generica della dote, senza espressione di quantità	261.	—	651
La moglie malgrado la proprietà del fondo dotale può iscrivere e conservare ipoteca generale (suppletoria) sui beni del marito	268.	3.	667
Restrizione	ib.	—	—
Ipoteca della moglie — Iscrizione o rinnovazione da farsi nel trimestre a pena di perenzione — D.° Pont.°	274.	—	681
Sullo stesso tema	275.	—	685
Se la ipoteca dotale riviva, evitta la dote	278.	—	691
Assicurazione della dote. Quistioni ipotecarie — St.° Pont.°	280.	3.	697
Ipoteca della dote sui beni fedecommissarî — V. *Fedecommesso.*			
Forme iscrizionali della *Ipoteca legale* — V. *Iscrizione.*			
Diritti delle mogli dei commercianti . .	321.	—	775

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
E ipoteche del tempo proibito	322.	——	777
Ipoteche dotali — Data — Codici Sic.° e Sard.°	323.	——	781
Ipoteca dotale limitata ai beni del marito secondo i Codici di N.i e P.a . . .	327.	——	788
Estesa ai beni degli ascendenti del marito secondo i Codici di S.a M.a e T.a . .	328.	——	788
Specializzazione delle ipoteche legali in Austriaco	334.	——	800
Idem	335.	——	802
Sullo stesso soggetto	336.	——	803
Idem	337.	——	804
Dei beni passati in dominio dei terzi prima della specializzazione	338.	——	808
Garanzia dei diritti dotali secondo il sistema Austriaco tolta di mezzo la ipoteca dotale	339.	4.	808
Ipoteca legale a favore di minori pupilli interdetti — V. anche *Tutori*.			
Del diritto d'ipoteca a garanzia dell'amministrazione tutoria	343.	——	818
Ipoteca dei tutori e curatori — Osservazioni al §. 117. N. 3. del Regolamento Pont.°	345.	——	823
Dei curatori che non sono soggetti ad ipoteca	346.	——	826
Se i beni del Tutore surrogato siano colpiti d'ipoteca			
O quelli del protutore o gestore di fatto			
Della ipoteca legale a carico del padre amministratore dei beni avventizî di figli — V. *Padre*.			
Ipoteca pupillare. Come si dica fondata in rapporti legittimi	362.	——	862
Data della ipoteca tutoria	363.	——	863
Dei crediti compresi nella ipoteca pupillare	364.	——	866

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Ipoteca a favore del prodigo e dell' imbecille — V. *Moglie* — *Tutori* — *Suocero*.			
IPOTECA SPECIALE — Non ebbe presso gli antichi la importanza della moderna .	21.	1.	73
Però teoricamente la sua forza era maggiore della generale	21.	2.	73
L' imbarazzo era nella prática	21.	3.	74
Il difetto di pubblicità la privava de' suoi principali vantaggi	22.	1.	75
Ipoteca sui generis sul corpo dello schiavo	22.	2.	76
Deve provarsi nella ipoteca speciale il dominio del debitore nel punto del pignoramento	33.	1. 2.	96
Non così rapporto alla generale . . .	33.	2.	96
In due tempi deve verificarsi il dominio del debitore	115.	——	305
Stabilire il tempo della esistenza del dominio per regola degl' iscritti . . .	116.	——	307
Alla Ipoteca speciale appartengono le investigazioni del dominio *actu* del debitore	128.	——	337
Ipoteca della cosa altrui — Come e quando il *gius superventum* del debitore convalidi la ipoteca. Teoria di Bartolo .	ib.	——	—
Perchè la ipoteca si consolidi per l' acquisto posteriore è necessario un diritto precedente almeno personale ad rem	129.	——	339
Il canone si è, che la ipoteca imposta sopra una cosa che non è ancor nostra ma che ci è dovuta, si convalida quando la cosa divenga nostra	130.	——	342
La causa dev' esser *prossima*, e il titolo *abile*. Come s' intenda	ib.	——	—
Singolarità della Teorica di Papiniano .	131.	——	343

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Osservazione su questa teorica che fa equivalere il diritto di conseguire la cosa, *res debita*, alla cosa stessa su cui si costituisce la ipoteca	ib.	—	—
L'acquisto posteriore dell'immobile dato in ipoteca non convalida la ipoteca nullamente concessa, se non esisteva nel debitore verun principio di diritto anteriore	132.	—	346
Si spiega che ciò che ci appartiene anche *imperfettamente* basta a statuire la ipoteca se di poi si acquisti compiutamente il diritto	133.	—	347
Malgrado questa teoria soccorre la equità ad assistere il creditore di buona fede	134.	—	348
Legge fondamentale della speciale — è l'attualità del dominio del debitore .	135.	1.	350
Non si conferma propriamente il gius del dante per l'acquisto *ex nova causa* .	ib.	—	—
Opinione del Voet	ib.	—	—
Continua	136.	—	353
Opinione del Merlin — Troplong. . .	137.	—	355
Se la cosa ipotecata apparteneva a Tizio, e costui diventa erede dell'ipotecante, si valida il pegno	139.	—	357
Dell'effetto della ratifica del proprietario	140.	—	359
Riassunto delle dottrine	141.	—	361
Viste di Grenier relative all'argomento .	141.	1.	361
Opinione del Chiesi	141.	2.	363
Opinione del Troplong	142.	—	363
Del successor singolare del proprietario il cui fondo era stato dal primo nullamente ipotecato. Opinione dell'autore . . .	143.	—	365
Presenza del dominio — Condizione essenziale della specialità	144.	1.	371
Dell'erede apparente, in quanto possegga			

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
di buona o mala fede, e analisi di questo concetto	144.	——	371
La buona fede	144.	7.	373
L'errore	144.	8.	373
Idee del Cod. Austriaco	144.	9.	375
Diritto Romano. Possessore di b. f. . .	145.	——	376
Dell'effetto della b. f. dell'erede apparente in ordine alle azioni che l'erede vero esercita contro i terzi	146.	——	377
Dir.° Rom.° Non è valida la ipoteca imposta dall'erede apparente, benchè potess'esserlo l'alienazione	147.	——	381
L'erede *apparente* o *putativo* se poteva alienare non poteva costituire ipoteca .	147.	——	379
Applicazione della teoria allo Stato Pont.° e T.°	148.	——	381
Idem negli Stati di N.i S.a M.a e P.a — Alienazione e ipoteca ugualmente nulle	149.	——	383
Specializzazione delle ipoteche legali in Austriaco	334.	——	800
Idem	335.	——	802
Sullo stesso soggetto	336.	——	803
Idem	337.	——	804
Dei beni passati in dominio dei terzi prima della specializzazione	338.	——	808
IPOTECA TACITA — Nasceva dalla legge-abuso che ne fece la giurisprudenza pratica	6.	5.	26
Sua origine e cause, e modificazioni .	7.	1.	29
Delle quattro specie d'ipoteche tacite accettate dagli antichi	7.	2.	29
Ipoteca tacita dei legati e fedecommessi — specie anomala	7.	3.	30
Quando la istituzione ipotecaria cominciasse a richiamare l'attenzione dei Principi e dei Governi	9.	1.	35

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Ipoteca tacita dei pupilli sui beni del tutore e del curatore	9.	2.	36
Sua origine	ib.	——	—
Termine dato da Giustiniano alla definizione delle cause pupillari	ib.	——	—
Altro esempio d'incongrua estensione nella ipoteca tacita supposta a carico del padre usufruttuario sui beni avventizî dei figli	9.	4.	37
Purgazione della ipoteca tacita-legale — V. *Ipoteca legale.*			
Del tacitismo della ipoteca e suoi varî aspetti	229.	——	572
Ipoteca tacita sui beni dei coniugi passati a seconde nozze	9.	5.	37
Ipoteca tacita dotale	10.	1.	38
Abolizione di tutte le ipoteche tacite-legali — St.° Pont.°	254.	——	635
Ipoteca tacita fiscale	11.	——	40
Base: interesse dello Stato. Sistema della pubblica imposta presso i Romani . .	11.	——	41
Nell'antico sistema l'ipoteca tacita può considerarsi un progresso	35.	4.	105
Conservata in confronto dei soli chirografarî. Stato Pont.°	255.	——	636
Illustrazione	256.	——	638
Se dopo il matrimonio si renda necessario iscrivere la ipoteca tacita dotale — D.° francese	273.	——	679
ISCRIZIONE — Iscrizione eseguita nel medesimo giorno della traslazione o vendita del fondo	121.	1.	319
La quistione si presenta variamente secondo che è imposto dalla legge una formalità precisata a perfezionare gli acquisti come la Trascrizione . . .	121.	2. 3.	321

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
La prova dell'anteriorità monumentale è obbligo del creditore che si fonda nella ragione del tempo	121.	1. 3.	321
La iscrizione non è necessaria rapporto ai parafernali (D.° francese) malgrado la contraria opinione di Grenier . .	243.	1.	610
Iscrizione che il marito deve assumere per conservare la ipoteca dotale — Costituzioni — Penalità — St.° Pont.° .	259.	——	645
Iscrizione della dote senza significazione di quantità	261.	——	651
Documenti in appoggio dei quali s'iscrive la ipoteca della dote — St.° Pont.° .	270.	——	670
Dei varî ordinamenti pontificî	270.	1. 2.	670
Quando esiste il documento scritto, la ipoteca legale non ha d'uopo che sia redatta in forma pubblica — Dir.° Pont.°	271.	——	674
Non è necessaria la iscrizione della ipoteca tacita-dotale dopo il matrimonio — D.° francese	273.	——	679
Iscrizione e rinnovazione della ipoteca dotale nel trimestre dalla morte della dotata — Dir.° Pont.°	274.	——	681
Sullo stesso tema	275.	——	685
Iscrizione sui beni del fedecommesso per conservare le ragioni sussidiarie della dote in virtù dell'Autentica Res quae — V. *Fedecommesso.*			
Iscrizione sui beni della successione — Creditori ipotecarî dell'erede . . .	307.	——	747
Legittima — Dote — Diritto di dominio. St.° Pont.°	307.	2.	748
Iscrizione dotale trascurata — Pena, la dòppia dotazione	309.	——	749
Nel Regno delle Due Sicilie la ipoteca della moglie esiste senza iscrizione .	311.	2.	757

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Iscrizione della ipoteca dotale imposta ai Notai ecc. — *Regno delle Due Sicilie* .	311.	3. 4. 5.	758
Esigono la iscrizione, in modi e forme varie	312.	——	759
Il Cod. di P.ª e M.ª	313.	——	760
Toscano	314.	——	762
Sardo	315.	——	763
JUS SUPERVENTUM — V. Dominio — Ipoteca speciale.			

L.

LEGATARII — V. *Separazione* (beneficio della).			
LEGATI-LEGATARII — Ipoteca dei legati e fedecommessi — specie anomala delle ipoteche tacite	7.	2.	30
Ipoteca anomala dei legati e fedecommessi	12.	1. 2.	45
Del sistema cauzionale a peso dell'erede debitore del legato — D.° R.° . . .	12.	1. 2.	45
Questo rimedio non si deve confondere col Pegno e Ipoteca	12.	3.	47
L'ipoteca a favore dei legatarî fu istituita da Giustiniano, onde nacque forse l'interdetto Salviano	12.	4.	47
Ricerca sulla condizione anomala o eccezionale di questa ipoteca, consistente nella Dividuità	12.	5.	48
Ipoteca dei legatarî — beneficio della separazione — Modificazione del diritto moderno sul D.° R.°	79.	——	231
Legatarî *condizionali*. — Vedi *eredi*.			
Il legato annuo è capace d'ipoteca come l'usufrutto	210.	2.	521
Ipoteca dei legatarî posposta a quella dei creditori del defunto sui beni fedecommissarî obbligati alla dotazione . .	303.	——	735

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
LEGITTIMA — Rapporto della legittima col diritto della dote in forza dell'Autentica Res quae sui beni del fedecommesso.	298.	——	724
Ipoteca del legittimario	306.	1.	741
Nozioni sul diritto di legittima — Azioni — Creditori del defunto	306.	2.	742
Difficoltà intrinseche. Combinazioni ipotecarie secondo il gius moderno . . .	306.	8.	746
Se nello statuto successorio in vigore (Stato Pont.°) la dote dovuta alle femmine, nella esistenza dei maschi, sia surrogata alla legittima	307.	——	747
Forma e privilegio della iscrizione muliebre sui beni della successione . . .	308.	——	749
Toscana — Le donne escluse dalla successione ritengono la legittima jure dominii	330.	——	794
Idem	331.	——	796
Beneficio della separazione	332.	——	797
LEGGI — Indicazione o serie cronologica delle principali leggi pubblicate in materia ipotecaria in Italia dal principio del secolo sino al presente	—.	——	186
» Regno d'Italia	—.	——	186
» Stati Romani	—.	——	187
» Stato e Governo Pontificio	—.	——	188
» Toscana	—.	——	189
» Stati Estensi	—.	——	190
» Ducati di Parma e Piacenza	—.	——	191
» Regno delle Due Sicilie	—.	——	191
» Regno Sardo	—.	——	193
» Regno Lombardo-Veneto	—.	——	195
Leggi ipotecarie in Italia dopo la espulsione dei francesi, e la ristaurazione dei Principi italiani	53.	——	149
Miglioramenti portati al Codice Napoleone			

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
dalle legislazioni italiche, e del sistema tavolare	54.	——	150
Leggi ipotecarie — Loro retroattività .	250.	——	627
LESIONE — Se per lesione non enorme ma enormissima si annulla la vendita, i pegni e le ipoteche si risolvono . .	178.	1.	437
Quid — allorchè la querela della lesione deriva dal compratore?	178.	2.	437
Lesione enorme — Rescissione — Destino delle ipoteche			
Sistema Pontificio.			
La ipoteca è originalmente valida . . .	179.	1.	439
Codici di T.ª N.ⁱ S.° M.ª e P.ª . . .	179.	2.	440
Codice Austriaco	180.	——	441
Ancora della lesione enorme. Ipoteca imposta dal venditore. Legislazione francese	183.	1.	445
Diverso il D.° R.°	ib.	——	—
Secondo la legislazione francese il venditore, vincendo la lite della lesione enorme, convalida la ipoteca anteriore alla lite	183.	2.	446
LETTERATURA — Ipotecaria in Italia . .	58.	——	165
Progetto del Conte Rossini	59.	1.	167
Giovanardi	59.	2.	169
Carabelli	59.	3.	170
Lavori relativi al Credito Agrario . .	63.	2. 3.	183
LOCAZIONE — LOCATORE — Locazione a lungo tempo. Insuscettibile d'ipoteca	215.	——	535

M.

MADRE — Madre tutrice e curatrice dei propri figli — Soggiace ad ipoteca. Dir.° Fr.ᵉ	357.	1.	852
Se continui la ipoteca dopo il passaggio ad ulteriori nozze, a garanzia dell'amministrazione illegittima	357.	1. 2. 3.	853

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
MARITO — V. *Moglie* — Obbligo d'iscrivere la ipoteca dotale — St.° Pont.° .	259.	——	645
Varietà di rapporti in faccia alla ipoteca tacita	259.	2. 3.	646
Stellionato — D.° Pont.° — D.° francese	259.	5. 6.	647
Obbligo che ha il marito di curare la riscossione e l'investimento della dote	267.	——	665
Iscrizione sull'usufrutto del fondo dotale — V. *Usufrutto.*			
Alienazione e amministrazione dei parafernali — V. *Parafernali.*			
MINORI — V. *Tutori e Curatori.*			
Sulla obbligazione naturale del minore con o senza l'autorità del Tutore. Quistioni	101.	5.	273
Si deve distinguere fra la età infantile e quella prossima alla pubertà	104.	5. 6.	274
Restituzione in intiero — Erede — Ipoteche	182.	——	444
Minore emancipato — Curatore . . .	347.	——	829
MOBILIZZAZIONE DEL SUOLO — V. *Credito.*			
MOBILI — Se i mobili immobilizzati per destinazione siano suscettibili d'ipoteca .	189.	——	465
Discussione sul sistema romano . . .	ib.	——	—
Disposizioni delle leggi anteriori al Codice	190.	1.	468
Il Codice Fr.e e di N.i S.a M.a e P.a estendono la ipoteca su tutti i mobili riputati immobili per destinazione . .	190.	2.	468
Una eccezione del Codice S.°	ib.	——	—
Osservazioni critiche	190.	2. 3.	469
Sul concetto — *Destinazione*	190.	4.	470
Si considera più estesamente quella nozione metafisica	191.	——	471
Il diritto di destinazione non appartiene nè al conduttore nè all'usufruttuario .	192.	——	475

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Si può stipulare che gli accessorî riputati immobili non sono colpiti dalla ipoteca	193.	——	477
Natura della ipoteca che cade sugl' immobili per destinazione	194.	——	478
Come il mobile immobilizzato, riassuma la sua natura di mobile, rigettando la ipoteca	194.	3.	480
Codice Austriaco — Principî e disposizioni su questa materia	196.	——	482
MOGLI — Mogli obbligate dalla legge di Brumajo ad iscrivere le loro ipoteche — V. *Ipoteca legale — Parafernali ecc.* .	232.	——	581
Diritto d' indennità a favore della moglie verso il marito che alienò gli stradotali	245.	——	614
Forma delle iscrizioni delle ipoteche legali della moglie — V. *Iscrizione.*			
L' ipoteca muliebre esiste senza iscrizione nel Regno delle Due Sicilie — V. *Iscrizioni*	312.	2.	757
Quistioni transitorie sui diritti ipotecarî delle mogli — V. *Quistioni transitorie.*			
Trasmissione dei diritti ipotecarî delle donne maritate	319.	——	772
Delle mogli dei commercianti	321.	——	775
Idem quanto all' acquisto delle ipoteche nel termine di divieto — V. *Fallimento*	322.	——	777
La ipoteca tacita delle mogli fu mantenuta nel Lombardo-Veneto sino alla Patente 19 Giugno 1826 — V. *Ipoteca legale* .	334.	——	801

O.

OBBLIGAZIONE — Ogni obbligazione civilmente valida può garantirsi con ipoteca	98.	——	266

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Obbligazione naturale. Il giurista non se ne occupa se non partecipi della legalità esteriore benchè in modo imperfetto	99.	1.	267
Della resistenza della legge civile all'ingresso della obbligazione naturale . .	99.	2.	268
Principali effetti della obbligazione naturale	99.	2.	269
Della fidejussione aggiunta ad obbligazione civilmente invalida	100.	1. 2.	270
Della nullità della obbligazione principale per cause personali all'obbligato . .	101.	1.	271
Dell' obbligazione naturale del minore. Testi difficili. Quistioni	101.	5.	274
Si deve distinguere fra l'età infantile e quella prossima alla pubertà . . .	101.	5. 6.	274
Ricerche sulla nullità assoluta e relativa delle obbligazioni	103.	2.	279
Obbligazione condizionale, potestativa — V. *Condizione*.			
Obbligazione futura: non cade propriamente nell'ordine condizionale . . .	105.	3.	283
Obbligazione *personale* di cui la garanzia pignoratizia è un accessorio	187.	——	461
OBBLIGAZIONE CAMERALE O GUARENTIGIATA. — Produttiva d'ipoteca generale	8.	1.	32
Origine della formula camerale . . .	8.	2.	33
Estensione, contegno, e ufficio della formula . . . . . , .	8.	3.	33
Virtù e potenza della formula camerale	8.	4.	34
Obbligazione o clausula guarentigiata — Sua forza ed uso	8.	5.	35
OFFICI — Luoghi di Monte	17.	2. 3.	67
Ipoteca dei beni futuri. E della fecondità di questo principio erroneo	19.	——	67

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
P.			
PADRE — La prammatica estese impropriamente la ipoteca tacita applicandola anche al padre che amministra i beni dei figli di cui ha l'usufrutto	9.	4.	37
Diritto antico che costituiva il padre proprietario dei beni avventizi dei figli .	211.	1.	523
Se l'usufrutto del padre sui detti beni finisca colla morte dei figli, o continui sino a quella del padre	211.	2.	524
Quid secondo i moderni codici . . .	212.	5.	528
Patria Podestà — Rappresentanza — Diritti. Disposizioni del diritto comune .	344.	1.	820
Del Codice di Napoli	344.	2.	821
Di Par.ª Pia.ª Mod.ª S.ª e Tos.ª . . .	344.	3.	822
Se il figlio minore abbia ipoteca sui beni del padre amministratore dei suoi avventizi — *Diritto Francese* — Opinioni varie	350.	——	836
Idem	351.	——	839
Nozioni relative secondo il diritto comune	352.	——	842
Idem	353.	——	845
Ritenuta la differenza fra i beni di cui il padre ha, e di quelli di cui non ha l'usufrutto, ove però la ipoteca tutoria dev'essere iscritta, s'iscrive ad ogni modo, a garanzia dei futuri pericoli . .	354.	——	848
I beni del padre o altro ascendente sono colpiti dalla ipoteca legale senza veruna distinzione secondo il Cod. di S.ª e M.ª	355.	——	850
Nel sistema Pont.° e T.° il padre non soggiace alla ipoteca	356.	——	850

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Se il padre binubo debba prestare ipoteca S.ª T.ª M.ª	360.	——	860
Continuazione. D.° R.°	361.	——	861
PATRIA PODESTÀ — V. *Padre.*			
PARAFERNALI (beni) — Se nel nome di *diritti e crediti.* — C. Francese — si contengano i parafernali	236.	——	592
In che questi si distinguano dai dotali .	236.	1.	592
L'ipoteca legale per l'amministrazione dei parafernali non aver d'uopo d'iscrizione	237.	——	593
Quistioni fra gli scrittori della materia .	ib.	——	—
Data della ipoteca dei parafernali — Grenier tiene necessaria la formalità della iscrizione. D. Francese	243.	1.	610
Troplong	243.	2.	611
Risoluzione	243.	3.	612
Teoria relativa sulle traccie del Chiesi .	244.	——	613
Alienazioni dei parafernali fatte dal marito. Ipoteca che nasce nel giorno della obbligazione e della vendita	245.	——	614
Concerne tanto il reggime della comunione che dotale	ib.	——	—
Vizî di tale disposizione — Cod. Francese	ib.	——	—
Non riguarda che gl'immobili	245.	2.	615
Parafernali — Cod. Sardo — Art. 2171. Ipoteca	325.	1.	784
Alienazioni — Prove	325.	2. 3.	785
Amministrazione degli stradotali — Toscana	ib.	——	—
PATRIGNO — Della ipoteca sui beni del patrigno secondo il gius romano; diversa legislazione regna modernamente nello *Stato Pontificio*	358.	——	856
Similmente secondo le legislazioni di Francia N.ⁱ e P.ᵃ	359.	——	858

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
È al contrario giusta i Codici di S.ª T.ª e M.ª	360.	——	860
PATTO (di alienare o di non alienare) — V. *Alienazione.*			
PATTO COMMISSORIO — V. *Pegno.*			
PATTO (di non redimere il Pegno) — V. *Pegno.*			
PATTO (di ricompra) — Come causa risolutiva del dominio del debitore . .	154.	——	397
Dell' azione del ricuperante	154.	2.	397
Formule — Condizione sospensiva e risolutiva	154.	3.	398
Effetti delle ipoteche imposte sul bene ricuperabile, dal venditore o compratore	155.	——	399
Dei diritti dei creditori ipotecarî sul prezzo della ricompra	156.	——	400
Del diritto di ricompra secondo il Cod. Austriaco	157.	——	402
Legge Toscana	158.	——	403
Leggi Sarde	159.	——	403
Inadempimento dei patti nella vendita — V. *Vendita.*			
PEGNO IN GENERE — Pegno del mobile, di nascita anteriore alla ipoteca . .	3.	1.	18
Frequenza del contratto di pegno . .	3.	2.	19
Come se ne occupassero largamente gli antichi	ib.	——	—
Pegno (cauzioni pignoratizie e fidejussorie anteposte alla ipotecaria) . . .	3.	3.	20
Differenza fra la costituzione del Pegno e il contratto fiduciario	4.	——	21
Caratteri essenziali del Pegno e della Ipoteca	5.	2.	23
Varî modi con cui si usurpa il nome di pegno	5.	3. 4.	24

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Pegno una specie del genere dei contratti nominati	5.	2.	25
Come si costituiva il reale a differenza del verbale	ib.	——	—
Come pegno e ipoteca in antico si confondessero	6.	3.	25
La natura del pegno fu profondamente nota agli antichi	15.	1.	54
Ma la istituzione non fu sufficientemente organizzata per farla corrispondere a suoi fini	15.	2.	55
Vendita del pegno — D.° R.°	25.	1.	79
Buona fede imposta dalla legge nella vendita giudiziale del pegno	25.	1.	80
Formalità	25.	4.	81
Lex pignoris. Facoltà data al creditore di vendere il pegno	26.	1.	82
Quali vantaggi ne avesse il creditore .	26.	2.	83
Vendita del pegno nonostante il patto che non fosse permesso di venderlo . .	27.	1.	83
Formalità della triplice denuncia . . .	ib.	——	—
Significa o un diritto o una cosa o un contratto	68.	1.	208
Definizione che ne dà il Codice Napoleone	ib.	——	—
Imperfezione di quella definizione . .	68.	1.	209
Definizione scritta nel Codice di Toscana	68.	2.	209
Codice Estense	68.	2.	210
Parmense e Austriaco	ib.	——	—
Come s'intenda quel ditterio del D.° R.° che *nihil interest* fra pegno ed ipoteca	68.	3.	210
Il jus pignoris metafisicamente diverso dalla cosa che n'è l'obbietto	70.	1.	214
Attitudine del pegno di realizzarsi in suppegno — Sviluppo ideale di questo principio	70.	1.	214

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Soddisfatto il credito svanisce il suppegno come mero accessorio del pegno . .	70.	2.	215
Il pegno consiste nell'obligatio rei; non è alienazione	71.	2.	217
Differenza intrinseca del Pegno dalla servitù	71.	3.	217
Patto della legge commissoria nel pegno. Ripugna alla sua natura	86.	1. 2.	246
Come operi diversamente nel Pegno e nella Vendita	86.	3.	247
Sua condanna	86.	4. 5.	248
Il Patto suddetto non si conferma col giuramento	87.	1.	249
Benchè manchi una disposizione letterale	87.	2.	249
Se il patto commissorio del pegno sia onestato dalla causa dotale. Quistioni. Si dee tenere l'opinione negativa . .	88.	——	250
Valido è il patto se si conviene che il pegno sia dato in pagamento a giusta stima	88.	1. 2.	252
Il prezzo tassato dalle parti si presume giusto	89.	4.	253
Non è lecito al pignorante pentirsi prima che segua la stima	90.	——	253
Legislazioni moderne. Vietano la datio in solutum del pegno a prezzo fisso . .	91.	1.	254
Valido il patto di vendere al creditore .	91.	——	255
Del patto di non alienare il Pegno . .	92.	—	257
Idem	93.	——	258
Del Patto di non redimere il Pegno. Condizioni onde il patto valga	94.	——	259
Della promessa fatta dal creditore di non vendere il pegno	95.	——	261
Codice Austriaco	ib.	——	—
Tutto ciò che si è detto del pegno dal §. 86. in poi è applicabile al fondo dato in ipoteca	97.	——	263

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Pegno *super re aliena* non si conferma se al tempo della sua costituzione la cosa non era del debitore	135.	6.	350
Si convalida, se il bene apparteneva a Tizio, e costui diventa erede dell'ipotecante	139.	1.	357
Ratifica del proprietario	140.	——	360
Del falso concetto dei francesi — I beni del debitore, pegno comune (*gage*) del creditore	186.	1.	459
Osservazioni critiche	ib.	per tot.	
La garanzia dei beni accessoria della obbligazione personale	187.	——	461
PEGNO GIUDIZIALE — Come si distinguesse dal pretorio	7.	2.	30
PEGNO PRETORIO — Una delle quattro specie della ipoteca tacita secondo il D.° R.°	7.	2.	30
Come sia costituito dal magistrato . .	29.	1.	86
Procedimento. D.° R.°	29.	2.	86
Trasformazione dell'azione personale in pignoratizia; e come si effettuasse. .	29.	3.	87
Del procedimento pignoratizio trattandosi di azione reale	30.	1.	88
Il pegno pretorio era piuttosto un fatto che un diritto giacchè non poteva concepirsi senza una materiale apprensione	30.	2.	89
Ricupera del possesso attribuito dal pegno pretorio mediante l'azione utile ipotecaria	30.	3.	89
Natura giuridica del pegno pretorio e come differisca dal convenzionale . .	30.	4.	90
Ancora	31.	2.	92
Effetti del pegno pretorio sulla proprietà del debitore	31.	1.	92
Il moderno pignoramento come differisca	31.	3. 4.	93

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
POSSESSO — POSSESSORE — Di buona fede non restituisce i frutti — D.° R.°	45.	—	376
Possessore legittimo — quello che è iscritto nei libri pubblici? Codice Austriaco	150.	2.	385
Possessore di buona fede. Quale? Codice Austriaco	ib.	—	—
PREZZO — Beni del marito in concorso. Collocamento dei diritti d'indennità per le alienazioni dei dotali fatte dai mariti	247.	—	620
La data della ipoteca esercitata in concorso è quella della vendita	248.	—	623
PRIORITÀ IPOTECARIA — (V. Dote).			
Difficoltà di determinare la priorità ipotecaria nel sistema antico	35.	1.	103
Qualità della prova — Ordine scritturale	35.	2.	104
Prevalenza del titolo dotale. D.° R.° . .	35.	4.	106
PRIVILEGIO — Il privilegio *extra legem* — in faccia alla ipoteca segna eccezione	66.	—	207
Sua differenza dalla ipoteca legale . .	230.	—	574
Privilegio della Dote — V. *Dote.*			
PRODIGO — Nullità della sua obbligazione	101.	4.	272
Considerazioni sulla interdizione del prodigo	365.	—	867
PROMESSA — Promessa semplice della dote che effetto produca	261.	2. 3.	651
Se una donna ricca di bèni di fortuna che sposa un uomo senza *promessa* di dote possa esser costretta dal marito a prestarla	262.	—	653
Dote promessa in quantità pecuniaria — Se invece è dato un fondo in soddisfacimento — Quid?	266.	—	661
PROPRIETÀ — V. *Dominio.*			
PUPILLI — V. *Tutore.*			
PURGAZIONE — Dell'ipoteca tacita-legale — Codice Francese	224.	—	565

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Q.			
QUISTIONI TRANSITORIE — Donne maritate prima degli editti del 1808. e del 1809. se e quali privilegi conservassero — D.° Pont.°	252.	——	630
Continuazione	253.	——	633
Abolizione delle ipoteche tacite-legali — St.° Pont.°	254.	——	635
Ipoteche delle mogli — Leggi che dominarono in Piemonte, e Napoli . .	316.	1.	764
Dei matrimonî nati prima delle moderne leggi ipotecarie o posteriori; fasi della giurisprudenza; norme di diritto . .	316.	2. 3. 4.	765
Continuazione	316.	——	767
Dei diritti delle vedove, anteriori alla promulgazione dei nuovi Codici di N.i S.a P.a e M.a	318.	——	771
Leggi transitorie o permanenti relative .	319.	——	772
Suocero — Nuora — Dir.° Rom.° — Diritto Sardo	329.	——	792
Successione paterna — materna. — V. *Donne — Ipoteca legale — Iscrizione.*			
L'ipoteca tacita mantenuta in vigore nell'I.° Aus.° sino alla pubblicazione della prima Patente del 1826.	334.	——	800
R.			
RATIFICA — Convalida la dazione della ipoteca	20.	4.	72
Del proprietario — Validazione del pegno	140.	——	359
Delle ipoteche costituite nell'intervallo .	140.	3.	360
Ratifica della vendita nulla, per via di transazione. In massima sembrano conservarsi i diritti ipotecari imposti sul fondo dal compratore	183.	3.	446

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Se possa ratificarsi ciò che è essenzialmente nullo	183.	4.	447
Nullità assoluta e relativa	183.	5.	448
Minore — quinquennio — ratifica tacita	183.	6.	449
RENDITA (costituzione di) — V. *Censo.*			
RESTITUZIONE IN INTIERO — V. *Minori.*			
RETROATTIVITÀ IPOTECARIA — L'attuale sistema ipotecario non è incompatibile col principio della retroattività ipotecaria stabilito nella giurisprudenza romana	143.	1. 3.	365
Spiegazione di questo concetto . . .	ib.	——	—
RIDUZIONE — Delle ipoteche eccessive in fatto di donazione — V. *Donazione.*			
RIFORME — Belgiche e francesi sino al 1852.	55.	1. 2.	154
Discussioni in Francia	55.	3. 4. 5.	155
Imperfezione di risultato	55.	6.	158
Novità — Opinioni dei riformisti . . .	56.	1.	159
Sistemi distruttivi — L'Avv. Orlando .	56.	2. 3.	160
Proposta del Neigebaur	57.	——	163
Opinioni dell'Autore sulla riforma ipotecaria	60.	——	171
e	61.	——	174
Idem	62.	——	176
RISERVA (del dominio) quando si risolva in ipoteca speciale — St.° Pont.° . .	153.	——	393
RISOLUZIONE DEL DIRITTO IPOTECARIO — V. *Dominio* — *Ipoteca generale* — *Ipoteca speciale.*			

S.

SCIENZA — Come si consideri l'elemento della scienza quando si tratta di confermare la dazione del pegno originariamente nulla	135.	——	350
e	136.	——	353

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Dottrina del Voet — Discussione . .	ib.	——	—
SEPARAZIONE (beneficio della) — La legge antica concedeva ai legatarî il beneficio suddetto	79.	1.	231
La istituzione è conservata dai codici moderni	79.	2.	231
Beneficio della separazione a favore delle femmine escluse	332.	——	797
SENTENZA — Se ed in quali casi il creditore ipotecario possa fare opposizione alla sentenza pronunciata contro il debitore	184.	——	451
Teoria del D.° R.°	184.	2.	451
Dei casi in cui la sentenza osta . . .	184.	6.	453
SERVITÙ — Concetto di perpetuità inerente nella *servitus* del D.° R.°	200.	——	495
In che consista — Indole positiva e metafisica	201.	——	498
Servitù prediali incapaci di ipoteca . .	202.	——	501
Servitù urbane — Servitù rustiche — Varî e profondi concetti del Dir.° Rom.° .	202.	3. 4. 5.	502
Per quali caratteri da esse la servitù d'usufrutto si distingue	203.	——	505
SISTEMA DOTALE — V. *Dote.*			
SISTEMA TAVOLARE — Derivazione germanica. Suo scopo ed ufficio . . .	54.	2.	151
Divisione ed economia del libro tavolare	54.	3.	152
SOLIDARIETÀ — V. *Individuità.*			
STRADOTALI — V. *Parafernali.*			
SUCCESSOR SINGOLARE — Del debitore che avendo nullamente ipotecato il fondo di un terzo, succede *titulo singulari* al proprietario	143.	2. 3.	366
SUOCERO — La legge pontificia non accorda ipoteca legale alla nuora sui beni dello Suocero	—.	1.	879
Dissertazione ed appendice II. V. *Ipoteca legale.*			

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
SUPERFICIE — Una delle specie dei diritti reali	71.	2.	216
Come si discerne dall'uso — abitazione — usufrutto per l'effetto della ipoteca — V. *Pegno*	204.	——	507

T.

TEATRO — I proprietarî delle logge in un Teatro non possono imporvi ipoteca .	218.	——	542
TERMINE — Eredi beneficiati — Azione ipotecaria passiva — Termine	75.	——	224
TITOLO — Ipoteche di titolo anteriore. .	249.	——	626
Idem — Editto del 1809. per gli Stati Romani	251.	——	629
TRADIZIONE — Esteriorità — Difficoltà di stabilire una esteriorità normale negli acquisti fuori del Diritto Romano e Germanico	116.	——	307
Della tradizione nelle vendite. Leggi del Cod. Fr.e S.° E.e Par.e	117.	5.	312
Si accetta la opinione che anche nel sistema francese fosse d'uopo una esteriorità tradizionale	117.	9. 10.	314
É prescritta rigorosamente dal Codice Austriaco	118.	——	315
Alienazione non perfezionata dalla tradizione. Se nel secondo compratore sia necessaria la buona fede. — Cod. Aust.°	119.	——	317
TRIBUNALI — Assetto giudiziario dei tempi della repubblica dell'Impero . . .	24.	1. 2.	77
TUTELA — V. *Tutori.*			
TUTORI — Tutela concetto primitivo . .	341.	——	814
Cura dei puberi — Difficoltà di determinare storicamente tale nozione — D.° R.°	342.	——	816
Della ipoteca come guarentigia legale dell'amministrazione tutoria — D.° R.° .	343.	——	818

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Ipoteca dei Tutori e Curatori -- Osservazioni al §. 117. N. 3. del Regol.° Pont.°	345.	——	823
Dei Curatori che non sono soggetti ad ipoteca	346.	——	826
Del Curatore al minore emancipato . .	347.	——	829
Tutore surrogato; se i beni di lui siano colpiti dalla ipoteca legale.	348.	——	830
O quelli del Protutore, e gestore di fatto	349.	——	832
Del padre amministratore dei beni avventizi dei figli — V. *Padre.*			
Madre Tutrice — V. *Madre.*			
La ipoteca tutoria e legittima in quanto siano legittimi i rapporti di tutore e pupillo sui quali si fonda. Massime rotali	362.	——	862
Data della ipoteca tutoria	363.	——	863
Tutela — Sistema Austriaco	366.	——	870

U.

USUFRUTTO — Generali sulla natura dell'usufrutto, e se vi sia inchiusa la idea del dominio	199.	——	493
Delle dottrine che tentano spiegare la ragione perchè la costituzione dell'usufrutto possa essere temporale, laddove le altre servitù si ritengono perpetue	200.	——	495
Del concetto di *perpetuità* nelle servitù .	201.	——	498
Ragioni per cui la servitù personale, e non la servitù prediale sia capace d'ipoteca	202.	——	501
Servitù prediali e rustiche. Profonde distinzioni del D.° R.°	202.	3. 4. 5.	502
Per quali caratteri da esse l'usufrutto si distingua	203.	——	505

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
Come per l'effetto della ipoteca diversifichi dall'*uso, abitazione, superficie* .	204.	——	507
Dell'usufrutto come materia d'ipoteca ne' suoi rapporti colla Proprietà . . .	205.	——	509
Usufrutto causale — formale	205.	2.	510
Ipoteca sull'usufrutto formale quando questo è costituito prima di essa . . .	205.	3.	512
Se la ipoteca è data sulla proprietà nuda, anche l'usufrutto, accresciuto in seguito alla proprietà, vi soggiace	206.	——	514
Avviene il contrario, quando ipotecato l'usufrutto, si acquista dall'usufruttuario anche la proprietà	207.	——	515
Consolidazione dell'usufrutto	208.	——	515
Non estingue la ipoteca già imposta sull'usufrutto, s'essa sia innaturale e volontaria	208.	5. 6.	517
Se il gius d'usufrutto è costituito ad diem o sub conditione, la ipoteca ha la stessa sorte	209.	——	519
Usufrutto quanto alla sua durata . . .			
Come si perda — Usufrutto dei corpi morali	210.	1.	521
Il legato annuo è capace d'ipoteca come l'usufrutto	210.	2.	521
Dell'usufrutto trasmissibile agli eredi, che si estingue nel primo erede	210.	3.	523
Dell'usufrutto legale del padre sui beni avventizî del figlio per gli effetti della ipoteca che vi è statuita	211.	——	523
Sua durata	211.	2.	525
Codici moderni.			
Si perde 1.° col non uso	212.	1. 3.	526
2.° per grave abuso	212.	2.	527
3.° dopo trent'anni nei corpi morali. — Codici N.i S.° M.a Par.e	212.	4.	528

Digitized by Google

	Parag.	Numero	Pag.
In vario modo è determinato in quei codici il finire dell'usufrutto paterno . .	212.	5	528
Usufrutto del fondo dotale. Il marito può porvi ipoteca	269.	——	667
USUFRUTTO PATERNO — V. *Padre.*			

V.

VEDOVA — V. *Quistioni transitorie.*			
VENDITA — Col patto di ricompra — V. *Patto di ricompra.*			
Se la vendita sotto la influenza del patto commissorio si risolva, non pagato il prezzo — Varietà delle legislazioni .	158.	——	403
Idem	159.	——	403
Vendita che si rescinde o annulla per lesione enorme o enormissima — V. *Lesione*			
Inadempimento dei patti nei contratti sinallagmatici — Secondo il Codice Francese produce risoluzione	181.	1.	442
Inconveniente di quella legge	ib.	——	—
Modificazioni dei codici italiani . . .	181.	2.	443
Diritto Romano	181.	3.	444
Codice Austriaco	181.	4.	444
Vendita nulla che si ratifica — V. *Ratifica.*			
VOLTURA — Voltura estimale — Leggi Toscane	120.	——	318

R. W. E. F.
10/30/06

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google